فهرس

البـــــاب الثاني
عدم المشروعية
الركن الشرعي للجريمة

http://www.rafatosman.com/

http://www.rafatosman.com/

الإجرامية

الباب الثالث

المعنويات الإجرامية

---

http://www.rafatosman.com/

تقديم

أستميح القارئ عذراً في أن أقحم قلمي في أول صفحة من صفحات هذا الكتاب الذي يخرج إلى النور بعد مرور سنتين على انتقال مؤلفه الجليل، رائد الفقه الجنائي العربي الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسني، إلى الرفيق الأعلى راضياً مرضياً بإذن الله تعالى.

فقد دفعني إلى ذلك أنني أردت أن ألقي الضوء للقارئ على قصة إخراج هذا المؤلف الذي رأيت من واجبي أن أنشره لسببين:

السبب الأول: أن يستفيد مما يحتويه جمهور القراء بصفة عامة، والقانونيون والشرعيون بصفة خاصة. فقد حرص صاحبه على أن يعرض الفقه الجنائي الإسلامي – مدعماً بالأدلة الشرعية من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة وباقي مصادر التشريع الإسلامي – بأسلوب حديث، ملقياً من خلال ذلك الضوء على مدى اتفاق التشريع الوضعي مع القواعد الشرعية الجنائية الإسلامية، وموضحاً أوجه الاختلاف بينهما، ومبيناً – من خلال هذا العرض – كيف أن التشريع الجنائي الإسلامي يستهدف الوقاية من الجريمة والردع الحاسم بعد وقوعها، مما يحقق مجتمعاً فاضلاً يسوده الأمن والعدل والاستقرار والطمأنينة. ومؤكداً – بحسب تعبيره – "أن الشريعة الإسلامية لا تستمد قيمتها العلمية من مقارنتها بالنظم القانونية المعاصرة، بحيث يقال إن ما اتفقت فيه معها كان مظهر تقدم وما خالفتها فيه كان دليل تخلف، فذلك نهج غير علمي يفترض أن النظم المعاصرة هي مقياس التقدم أو التخلف، ويفترض أنها المثل الأعلى للنظم القانونية، وهذا غير صحيح. وإنما تقدر قيمة الشريعة الإسلامية بما استندت إليه من منطق، وما تبنته من قيم، وما استهدفت تحقيقه من مصالح. وإن الدراسة الموضوعية لها، واستظهار نتائج تطبيقها – حيث أتيح لها التطبيق – يثبت أنه قد توافرت لها جميع هذه العناصر الإيجابية للتقييم".

السبب الثاني: أنني أردت أن أحقق حلماً نبيلاً للعالم الجليل الذي شاء لي الله أن أشاركه الحياة، وأن أرقب عن كثب مدى شغفه بالبحث العلمي ومدى مثابرته عليه، ومدى دقته في استقاء المعلومة من جذورها. والذي وفقه الله إلى أن ينتج لنا

وللأجيال القادمة رصيداً ضخماً من المؤلفات القانونية تزخر به وتفخر المكتبة الجنائية العربية.

فقد كان في السنوات العشر الأخيرة السابقة على رحيله يراوده أمل براق في أن يتوج إنتاجه العلمي الكبير بمؤلف في الفقه الجنائي الإسلامي، وعكف على البحث في هذا الموضوع – في صمت – سنوات طويلة، كتب خلالها في موضوع الفقه الجنائي الإسلامي أغلبه. فتناول في الباب الأول المبادئ الأساسية في الفقه الجنائي الإسلامي. وتناول بالبحث في الباب الثاني نظرية الماديات الإجرامية في الفقه الإسلامي. وخصص الباب الثالث لبحث نظرية تحمل التبعة أي المسئولية الجنائية أو نظرية المعنويات الإجرامية في الفقه الإسلامي.

ثم توقف القلم المعطاء حين أسلم العالم الجليل الروح إلى بارئها في الثامن من شهر رمضان سنة ١٤٢٥ هجرية الموافق الثاني والعشرين من شهر أكتوبر سنة ٢٠٠٤ ميلادية.

فإلى روحه الطاهرة أهدى **نشر** هذا المؤلف الذي توج به إنتاجه العلمي الغزير.

٥ نوفمبر سنة ٢٠٠٦

الدكتورة
فوزية عبد الستار
أستاذة القانون الجنائي بكلية الحقوق
جامعة القاهرة

مقدمــــة[1]

١- **تعريف الفقه الجنائي الإسلامي:** الفقه الجنائي الإسلامي هو مجموعة الدراسات التي تتناول التنظيم الشرعي الإسلامي للجريمة كظاهرة اجتماعية يحددها الشارع ابتغاء مكافحتها، والتنظيم الشرعي الإسلامي للعقوبة وما يساندها من تدابير باعتبارها وسائل المجتمع لمكافحة الجريمة كضرر وخطر اجتماعي.

٢- **أهمية دراسة الفقه الجنائي الإسلامي:** إن الأهمية العلمية لدراسة الفقه الجنائي الإسلامي، مردها إلى أن الشريعة الإسلامية قد أتت بتنظيم متكامل للجريمة والعقوبة، وهذا التنظيم سنده منطق سلـــيم، وبين عناصره اتساق محكم دقـــيق، وهدفه الحفاظ على المصالح ذات الأهمية للمجتمع.

أما الأهمية العملية لهذه الدراسة، فتفسيرها أن التنظيم الإسلامي الجنائي لم يقف عند حدود المبادئ المثالية أو القواعد النظرية، وإنما طبق على مدى قرون في شطر عريض من العالم. وتنادي اليوم أصوات قوية بتطبيقه، أملاً في أن يحقق للمجتمع حماية أكثر فعالية مما يحققه التنظيم الوضعي الجنائي.

٣- **طابع الشريعة الإسلامية:** للشريعة الإسلامية طابع ديني لا شك فيه، باعتبارها جوهر الدين الإسلامي، ومن ثم كان تطبيقها في المجتمع الإسلامي مطلوباً إلى الشارع في هذا المجتمع.

ولكن للشريعة الإسلامية طابعاً آخر، فهي «نظام تشريعي متكامل»، ولها سندها من منطق سليم، ولها أسسها من قيم اجتماعية، ولها أهدافها من مصالح للمجتمع تهدف إلى تحقيقها، ومن ثم كان لها طابع حضاري، وكانت لها صلاحيتها للتطبيق المستمدة من سندها المنطقي وقيمها الاجتماعية وأهدافها الحضارية، استقلالاً عن طابعها الديني الأصيل. ومن هذه الوجهة كان متصوراً أن تطبق الشريعة الإسلامية في مجتمع غير إسلامي، أو في المجتمع الإسلامي على غير المسلمين من أفراده، وعلى الأجانب الذين يوجدون على أرضه.

---

[1] كتب المؤلِّف هذه الصفحات بعنوان "مدخل للفقه الجنائي الإسلامي" ونشرها سنة ١٩٨٤ قبل أن يبدأ في إعداد هذا المؤلَّف، ولذلك نعرضها هنا كمقدمة للكتاب، الذي لم يمهله القدر لكتابة مقدمته.

٤- **تقسيم:** وتشمل هذه الدراسة ثلاثة موضوعات: يتناول الأول المبادئ الأساسية في الفقه الجنائي الإسلامي، ويتناول الثاني نظرية الماديات الإجرامية في الفقه الإسلامي، ويبحث الثالث في نظرية تحمل التبعة أي المعنويات الإجرامية في الفقه الإسلامي.

أولاً : المبادئ الأساسية في الفقه الجنائي الإسلامي

٥- **علة التجريم:** إن أهم المبادئ في الفقه الإسلامي هو استظهار علة التجريم، إذ في ضوء هذه العلة يمكن استخلاص الجانب الأهم من قواعد الفقه الجنائي الإسلامي.

إن الشريعة الإسلامية لم تحظر على الناس أنواعاً من السلوك للتضييق عليهم، أو الاستبداد بهم والتسلط عليهم؛ وإنما حظرت بعض الأفعال ابتغاء حماية مصالح اجتماعية تتأذى بهذه الأفعال، أو في عبارة أخرى استهدفت صيانة مصالح للمجتمع والأفراد تهدرها هذه الأفعال.

وقد أصل الفقهاء المصالح التي تحميها قواعد التجريم، فردوها إلى مصالح خمس: حفظ الدين، وحفظ النفس، وحفظ العقل، وحفظ النسل، وحفظ المال. وبناء على ذلك، كانت الأفعال التي تهدر إحدى هذه المصالح جديرة بالتجريم، وكان متعيناً في تحديد أركان الجريمة التي تهدر هذه المصلحة الاستهداء بعناصر المصلحة، بحيث يكون من شأن التجريم كفالة الحماية الكاملة لها.

وتحديد المصالح محل الحماية على هذا النحو هو «عمل فقهي»، ومن ثم كان من الجائز مراجعته، والإضافة إليه إذا تبين أن ظروف المجتمع الحديث تقتضي حماية مصالح أخرى.

٦- **الترجيح بين المصالح محل الحماية الجنائية:** وضع الفقهاء القواعد التي تكفل الترجيح بين المصالح محل الحماية الجنائية إذا تنازعت، بحيث يباح الفعل الذي يهدر مصلحة معينة، ولكنه يصون مصلحة أخرى أولى بالرعاية: كإباحة قتل الجنين إنقاذاً لحياة أو صحة الحامل.

وعلى هذا النحو، فقد عرف فقهاء الشريعة الإسلامية منذ وقت مبكر «نظرية الترجيح بين المصالح المتنازعة»، ونظرية الإباحة التي تستند إلى هذا الترجيح.

٧- **تعريف الجريمة:** رجح في الفقه الإسلامي التعريف التالي للجريمـــة: «الجريمـــة هي محظورات شـــرعية زجر الله تعالى عنهـــا بحـــد أو قصاص أو تعـــزير».

وعند التأمل في هذا التعريف، نجد أن الفقهاء جعلوا جوهر الجريمة أنها «محظور شرعي» أي «فعل ما نهي الله عنه أو ترك ما أمر به». ويعني ذلك أن «الحظر الشرعي» أو «عدم المشروعية» ركن للجريمة، «فلا جريمة في سلوك لا يناقض نهياً أو أمراً». ونستخلص من ذلك أن نظرية عدم المشروعية، أو نظرية الركن الشرعي للجريمة قد عرفت في الفقه الإسلامي، واستند إليها في استخلاص العديد من القواعد.

وعند تحليل التعريف، ودراسة الشروح التي وضعت له، نجد أن الفقهاء اعتبروا من أركان الجريمة ارتكاب فعل أو حصول ترك منهي عنه، وفي ذلك إشارة إلى الماديات الإجرامية.

وجعل الفقهاء من أركان الجريمة كذلك اصطحاب الفعل أو الترك «بنية»، وفي ذلك إشارة إلى المعنويات التي لابد منها لاستكمال الجريمة كيانها.

أما القول بأن الجريمة قد زجر عنهـــا بحـــد أو قصاص أو تعزير، فهو إشارة إلى أنواع ثلاثة متميزة من العقوبات الشرعية نشير إليها عند البحث في نظرية العقوبة في الفقه الإسلامي.

٨- **مصادر التجريم والعقاب:** إن أهم مصادر الأحكام الشرعية هي القرآن الكريم، والسنة النبوية، والإجماع، والقياس. ولم يثر شك أو خلاف قط في أن التجريم قد يكون مصدره القرآن أو السنة أو الإجماع. ولكن ثار الخلاف في شأن القياس: هل يجوز أن يستند التجريم إلى القياس؟ أو في تعبير آخر: هل يجوز القياس في مجال التجريم؟

٩- **القياس في مجال التجـــريم والعقـــاب:** إذا كنا بصدد جرائم الحدود والقصاص، فلا يجوز القياس. والمراد بجرائم الحدود مجموعة من الجرائم نص القرآن أو السنة عليها، وحدد لكل منها عقوبة مقدرة. وقوام هذه الجرائم أفعال اعتبرها الشارع ذات خطورة بالغة على كيان المجتمع، فتولى بنفسه تجريمها وتحديد عقوبتها.

أما جرائم القصاص فهي جرائم الاعتداء العمدي على الحياة أو على سلامة الجسم.

وعلى هذا النحو، فإن الخلاف يقتصر على القياس في شأن «جرائم التعزير»، ويراد بها جرائم لم يرد في شأنها حكم في القرآن أو السنة، وإنما ترك تحديدها وبيان عقوباتها لولي الأمر، أي السلطة العامة في المجتمع الإسلامي.

ويتصور أن تنتهج هذه السلطة إحدى خطتين، وكلتاهما جائزتان.

أن تفوض القاضي لكي يستظهر من ظروف المجتمع الأفعال الضارة أو الخطرة عليه، والجديرة – بناء على ذلك – بالتجريم ويحدد لها عقوباتها. وهو يحدد هذه الأفعال قياساً على جرائم الحدود والقصاص، أي يجعل ضابطه في تحديدها أنها تهدر ذات المصالح التي تهدرها جرائم الحدود والقصاص، ولكن في صورة أقل جسامة. أو استنباطاً من نصوص القرآن أو السنة وإعمالاً لقواعد عامة وردت فيهما، أي يستخلص منهما ما يعد «معصية شرعاً». ويعني ذلك أن القياس جائز في هذه الخطة.

أما الخطة الثانية، فتفترض أن يحدد الشارع الوضعي في المجتمع الإسلامي جرائم التعزير في ضوء ظروف مجتمعه، ويعين لكل جريمة عقوبتها ويلزم القاضي بهذا الحصر التشريعي، ومؤدى ذلك حظر القياس في مجال الجرائم التعزيرية.

اتبعت الخطة الأولى في العصور المبكرة للدولة الإسلامية. ولكن إذا قلنا بأن تعقد الحياة الحديثة، وخشية استبداد السلطات العامة، والتوجس من الاختلاف بين القضاة، يجعل من الأوفق اتباع الخطة الثانية، فليس في ذلك ما يناقض أصلاً من أصول الشريعة الإسلامية.

١٠– سريان الأحكام الجنائية الشرعية من حيث الزمان: أقرت الشريعة الإسلامية في وضوح مبدأ عدم رجعية الأحكام الجنائية الشرعية، وسند هذا المبدأ قول الله تعالى «وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً»، وقوله كذلك «لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا»: ذلك أنه ليس في وسع إنسان أن يلتزم في أفعاله حكماً لم يرد بعد.

١١- الأثر الرجعي للقاعدة الجنائية الأصلح للمتهم: لا تأبى أصول الشريعة الإسلامية ومبادؤها الأساسية إقرار الأثر الرجعي للقاعدة الجنائية الأصلح للمتهم: فالعلة التي يستند إليها هذا الأثر، وارتباطها الوثيق بعلة عدم رجعية الأحكام الجنائية الشرعية، واستهدافها تحقيق مصلحة مشروعة للمجتمع والأفراد، كل ذلك يرجح القول بقبول الشريعة الإسلامية الأثر الرجعي للقاعدة الجنائية الأصلح للمتهم، بل إن هذا الأثر قد أعمل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في حالتي الظهار واللعان.

١٢- سريان الأحكام الجنائية الشرعية من حيث المكان: من المبادئ الأساسية في الفقه الجنائي الإسلامي القواعد التي تحدد نطاق تطبيق القواعد الجنائية الشرعية من حيث المكان.

إن نقطة البداية في هذا الموضوع هي «عالمية الشريعة الإسلامية»، فهي واجبة التطبيق في جميع بقاع الأرض، وعلى جميع الناس، فقد أنزلت إليهم كافة. ولكن الفقهاء اعترفوا بأن هذا المبدأ نظري، ومن ثم يجب أن يطبق في الحدود التي تسمح بها السيادة التي تمارسها الدولة الإسلامية على إقليمها وعلى رعاياها. ويقتضي ذلك التفرقة بين الجرائم التي ترتكب في الإقليم الخاضع لسيادة الدولة الإسلامية، والجرائم التي ترتكب خارج ذلك الإقليم.

فإذا ارتكبت الجريمة في الإقليم الخاضع لسيادة الدولة الإسلامية سرت عليها القواعد الشرعية، دون تفرقة بين جرائم المسلمين وغير المسلمين من رعايا الدولة الإسلامية. بل إن هذه القواعد تسرى – حسب الرأي الراجح – على الجرائم التي يرتكبها من ليسوا من رعايا الدولة. ولكن يقيمون عادة في إقليمها. وهؤلاء يطلق عليهم تعبير «المستأمنين». ويمكن القول بأن الشريعة الإسلامية تبنت في ضوء الاعتبارات العملية «مبدأ إقليمية القاعدة الجنائية».

أما إذا ارتكبت الجريمة خارج الإقليم الخاضع لسيادة الدولة الإسلامية، وكان مرتكبها من رعاياها، مسلماً أو غير مسلم، سرت عليها الأحكام الشرعية. ولكن إذا كان مرتكبها ليس من رعايا الدولة الإسلامية، ولو كان مقيماً عادة في الإقليم الإسلامي ثم غادره إلى خارجه حيث ارتكب جريمة، فلا تسرى عليه الأحكام الشرعية. وتتبنى الشريعة الإسلامية من هذه الوجهة «مبدأ شخصية القاعدة الجنائية».

١٣- سريان الأحكام الجنائية الشرعية على الأشخاص: انطلق الفقه الإسلامي من مبدأ المساواة المطلقة بين الناس جميعاً في الخضوع للأحكام الجنائية الشرعية، فلا تفرقة بينهم حسب أجناسهم أو أديانهم أو مراكزهم الاجتماعية. وهذه المساواة هي تطبيق لقول الله تعالى: «يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوباً وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ»، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم «الناس سواسية كأسنان المشط الواحد. لا فضل لعربي على عجمي إلا بالتقوى».

والنتيجة الهامة التي استخلصها الفقهاء من هذا المبدأ أنه لا حصانة لرئيس الدولة الإسلامية نفسه إذا ارتكب فعلاً يستوجب القصاص، ولا حصانة له – في الرأي الراجح – إذا ارتكب فعلاً يستوجب الحد أو التعزير.

وإذا لم يكن لرئيس الدولة الإسلامية حصانة من تطبيق الأحكام الجنائية الإسلامية، فإنه لا حصانة – من باب أولى – لرؤساء الدول الأجنبية إذا وفدوا إلى الإقليم الإسلامي زواراً رسميين أو غير رسميين، ولا حصانة كذلك لرجال السلك السياسي أو القنصلي الذين يعملون في إقليم الدولة الإسلامية.

ونستطيع بذلك القول بأن المساواة المطلقة بين الناس جميعاً في الخضوع للقاعدة الجنائية الشرعية هي أصل راسخ من أصول الفقه الجنائي الإسلامي.

ثانياً : الماديات الإجرامية

١٤- مبدأ لا جريمة بغير ماديات: أقر الفقه الإسلامي المبدأ الذي سلمت به فيما بعد التشريعات الوضعية الحديثة: مبدأ أنه «لا جريمة بغير ماديات تبرز بها إلى العالم الخارجي المحسوس». وسند هذا المبدأ قول رسول الله صلى الله عليه وسلم "إن الله تعالى تجاوز لأمتي عما وسوست أو حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تتكلم"، وقوله كذلك عليه الصلاة والسلام "من همَّ بحسنة فلم يفعلها كُتِبَت له حسنة، ومن همَّ بسيئة فلم يفعلها لم يُكْتَب له شيء».

١٥- علة المبدأ: علة هذا المبدأ في الفقه الإسلامي هي ذات علته في الفقه الوضعي: فهي خشية أن يكون من شأن محاسبة الناس على نواياهم التي لم يعبروا عنها بسلوك خارجي محسوس اجتماعياً العصف بحرياتهم، وأن يكون

من مقتضى ذلك تنظيم الدولة أسلوباً للتجسس لا ترتضيه القيم الحضارية والمثل الرفيعة التي استقيت منها الأحكام الجنائية الشرعية.

وتثير «الماديات الإجرامية» موضوعاً رئيسياً هو الترك أو الامتناع، ومدى صلاحيته ليكون صورة للسلوك الإجرامي.

١٦- **الترك أو الامتناع:** الترك أو الامتناع تقوم به الجريمة كأصل عام إذا خالف أمراً شرعياً، وفي تعبير آخر إن «ترك أمر أوجبه الشارع هو معصية، وكل معصية هي جريمة إذا أمكن إثباتها قضاء»، ويعني ذلك أن كل امتناع عن القيام بواجب فرضه الشارع وكان ممكناً إقامة الدليل عليه قضاء، هو جريمة تعزيرية.

١٧- **جريمة الارتكاب بالامتناع:** عرف الفقهاء منذ عصر مبكر مشكلة جريمة «الارتكاب بالامتناع»، التي تفترض صدور امتناع أعقبته نتيجة إجرامية، كالأم التي تمتنع عن إرضاع طفلها فيموت، أو من كان عنده فضل زاد أو ماء في صحراء، فلم يطعم أو يسقى من كان على شفا الهلاك جوعاً أو عطشاً، فمات. وقد أجمع الفقهاء على مسئولية الممتنع عن امتناعه، وإن اختلفوا حول نوع هذه المسئولية: أيسأل قصاصاً أم يسأل تعزيراً؟ وأساس هذا الخلاف هو ما إذا كان مسئولاً عن النتيجة الإجرامية التي أعقبت امتناعه، أم تقتصر مسئوليته على امتناعه.

أنكر رأي مسئولية الممتنع قصاصاً، واحتج لذلك بأن المسئولية عن الجريمة التي تفترض نتيجة إجرامية معينة تقتضي «مباشرتها»، أي تنفيذها، أو تسبيبها، ومن ترك لم يباشر الجريمة ولم يسببها، أي أن هذا الرأي احتج بانتفاء علاقة السببية بين امتناع الجاني والنتيجة التي أعقبت امتناعه. واحتج هذا الرأي كذلك بأن المسئولية عن جريمة تفترض وصف السلوك بالنسبة للنتيجة الإجرامية بالعدوان. ومن امتنع لم يصدر عنه عدوان، إذ لم يخترق مجال حقوق غيره، أي أنه احتج بانتفاء وصف عدم المشروعية عن الامتناع في علاقته بالنتيجة. ورأي أنصار هذا الرأي أن تقتصر مسئولية الممتنع على امتناعه، فيعاقب عليه تعزيراً.

أما الرأي الثاني، فقد ذهب إلى إقرار مسئولية الممتنع عن النتيجة الإجرامية التي أعقبت امتناعه بحيث يسأل عنها قصاصاً، كما لو كان قد أحدثها بسلوكه الإيجابي. واحتج لذلك بأن تسبيب الامتناع للنتيجة متحقق، وإن يكن تسبيباً غير مباشر، وقال أنصاره إنه لا فرق – من حيث المنطق – بين سببية

مباشرة وسببية غير مباشرة. ويضيف هذا الرأي إلى ذلك أن الصفة غير المشروعة ثابتة للامتناع، إذ قد خالف واجباً شرعياً عاماً يفرض على كل شخص أن ينجد من يتهدده أذى في حق من حقوقه، إعمالاً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «من كان عنده فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر له، ومن كان عنده فضل زاد فليعد به على من لا زاد له» ويعني ذلك أن هذا الرأي يقر سببية الامتناع وعدم مشروعيته، بما يوفر له – بالإضافة إلى العمد أو الخطأ – جميع أركان الجريمة.

ويتضح بذلك أن الفقه الجنائي الإسلامي قد عرف الرأيين اللذين يتنازعان في الفقه الوضعي الحكم في شأن «جريمة الارتكاب بالامتناع». ومؤدى ذلك أنه لا يعارض الشريعة الإسلامية تبني أي من الرأيين في ضوء تحديد معين لمصالح المجتمع. وإذا كان الفقه الوضعي الحديث يرجح الرأي الثاني، فإنه يستند في ذلك إلى ذات الحجج التي استند إليها – منذ عصر مبكر – هذا الرأي في الفقه الإسلامي.

ثالثاً : المعنويات الإجرامية أو (تحمل التبعة)

١٨- **عناصر التبعة: التمييز والحرية:** تقيم الشريعة الإسلامية «نظرية التبعة، أي المسئولية الجنائية» – استناداً إلى نصوص صريحة – على أصلين ثابتين، هما التمييز وحرية الاختيار.

أما اعتبار التمييز أساساً للمسئولية، فسنده قول الرسول صلى الله عليه وسلم "رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، وعن النائم حتى يصحو، وعن المجنون حتى يفيق"، فهذا الحديث الذي يقرر امتناع المسئولية في الحالات السابقة لتخلف التمييز، وبصفة خاصة انتفاء مسئولية الصبي والمجنون، يقرر في ذات الوقت أن التمييز أصل للمسئولية لا تقوم بدونه.

واعتبار حرية الاختيار شرطاً ثانياً للمسئولية سنده قول الله تعالى «إِلاَّ مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ»، وقوله تعالى: «فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ»، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم "رُفِع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه».

١٩- حصر المسئولية الجنائية في الإنسان: يفترض إسناد المسئولية إلى التمييز وحرية الاختيار حصرها في الإنسان، إذ هو الذي يتصور توافرهما لديه. وعلى هذا النحو، فإن الشريعة الإسلامية ترفض أن يسأل غير الإنسان جنائياً.

٢٠- مبدأ شخصية المسئولية الجنائية: ثمة مبدأ أساسي يحكم «نظرية تحمل التبعة»، هو مبدأ شخصية المسئولية»، وهذا المبدأ سنده قول الله تعالى: «وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى»، وقوله سبحانه: «مَنْ عَمِلَ صَالحاً فَلِنَفْسِهِ وَمَنْ أَسَاء فَعَلَيْهَا»، وقوله: «وَأَن لَّيْسَ لِلإِنْسَانِ إِلاَّ مَا سَعَى»، وقوله عز وجل: «مَن يَعْمَلْ سُوءاً يُجْزَ بِهِ»، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم "لا يؤخذ الرجل بجريرة أبيه ولا بجريرة أخيه".

٢١- نظرية امتناع المسئولية الجنائية: استخلص الفقهاء في وضوح نظرية متكاملة لامتناع المسئولية الجنائية، فتكلموا في امتناع مسئولية الصبي غير المميز، والمجنون، والسكران عن غلط أو إكراه، والمكره، ومن كان في حالة ضرورة.

ويستنبط من أقوال الفقهاء – وإن لم يصرحوا به – أن موانع المسئولية لم تذكر على سبيل الحصر: فإسنادها إلى انتفاء التمييز أو حرية الاختيار، أو انتفائهما معاً يقتضي اعتبار المسئولية منتفية حيث ينتفي شرطاها أو أحدهما، وإن لم يرد نص يقرر امتناعها.

وهذه النظرة تفسح المجال للتطور العلمي: فإذا كشف العلم عن حالة ينتفي فيها أحد شرطي المسئولية تعين تقرير امتناعها، وإن لم تكن هذه الحالة منصوصاً عليها، أو مقررة في إجماع الفقهاء.

٢٢- مبدأ «لا مسئولية بغير نية إجرامية»: إذا واجهنا المعنويات الإجرامية، وجدنا أن الشريعة الإسلامية تقرر مبدأ أساسياً مؤداه أنه لا مسئولية بغير «نية إجرامية»، أي بغير «معنويات» يقوم بها الجانب المعنوي في الجريمة.

وسند هذا المبدأ قول رسول الله صلى الله عليه وسلم "إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى". وهذا الحديث يفسر في معنى أن العمل وحده لا يكشف عن الجدارة بالمسئولية، ولا يكشف عن مقدار ما يستحقه الإنسان من مسئولية، وإنما تتحدد قيمة العمل ودلالته الاجتماعية الإيجابية أو

السلبية بما يصحبه من نية. ونستطيع بناء على ذلك أن نقرر أن مبدأ «لا مسئولية ولا عقوبة بغير خطيئة» كان مقرراً منذ نشأة الشريعة الإسلامية.

٢٣- **مبدأ تدرج المسئولية «العمد والخطأ»:** تقرر الشريعة الإسلامية للمسئولية الجنائية درجات، ويعني ذلك أنها قد تبنت «مبدأ تدرج وتفريد المسئولية». وتفرق الشريعة بين مسئولية أساسها «العمد»، أي «القصد»، ومسئولية أساسها «الخطأ». وقد ورد في شأن الخطأ قول الله تعالى: «وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُم بِهِ وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ»، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم «رُفِع عن أمتي الخطأ والنسيان».

ولا يعني هذان النصان – في إجماع الفقهاء – أن المسئولية ترتفع عن المخطئ، وإنما يعنيان أنها تكون أخف درجة من مسئولية المتعمد. والدليل على ذلك مستمد من نصوص أخرى تتكامل مع هذين النصين، وتنشأ بها مجتمعة فكرة تدرج المسئولية وانقسامها إلى عمدية وغير عمدية. فقد ورد في شأن القتل العمد قول الله تعالى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى»، وقوله سبحانه «وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ». وورد في شأن القتل غير العمد قول الله تعالى: «وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِناً إِلاَّ خَطَئاً وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَئاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلاَّ أَن يَصَّدَّقُواْ فَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مْؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةً». فالشارع الحكيم قرر للقتل العمد القصاص، وقرر للقتل غير العمد الدية، فكلاهما معاقب عليه، ولكن في درجتين متفاوتتين.

٢٤- **شبه العمد:** وإلى جانب الصورتين الأساسيتين للمسئولية، فقد قال بعض الفقهاء بصورة ثالثة، هي «شبه العمد»، وهو ما يفترض أن الجاني أتى الفعل «بقصد العدوان»، ولكن لم تتجه نيته إلى إحداث نتيجة، وفي تعبير آخر، فإن شبه العمد يفترض أن الجاني اتجهت نيته إلى الفعل وإلى نتيجة إجرامية معينة، ولكن حدثت نتيجة أشد جسامة لم تتجه نيته إليها. ونظرية شبه العمد تقابل في الفقه الحديث «نظرية تجاوز القصد».

٢٥- **تأثير الغلط على المسئولية الجنائية:** حدد الفقه الإسلامي تأثير «الغلط» على المسئولية، أو في تعبير أدق تأثيره على «القصد».

فالغلط في القاعدة الشرعية، سواء من حيث وجودها أو تفسيرها لا ينفي القصد. وقد قيل تعبيراً عن هذا المبدأ «لا يقبل في دار الإسلام العذر بجهل الأحكام».

أما الغلط في الوقائع، فينفي القصد تأسيساً على قول الله تعالى: «رَبَّنَا لاَ تُؤَاخِذْنَا إِن نَّسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا»، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "رُفِع عن أمتي الخطأ والنسيان". ولفظ «الخطأ» في هذين النصين يتسع «للغلط». ولكن الغلط في الوقائع إذا نفي القصد، فهو لا ينفي الخطأ بالضرورة، ومن ثم تقوم على الرغم منه المسئولية غير العمدية.

الباب الأول

المبادئ الأساسية للتجريم في الفقه الإسلامي

١- تقسـيم:

تتضمن دراسة المبادئ الأساسية للتجريم في الفقه الإسلامي الموضوعات التالية:

التعريف بالجريمة، وبيان علة التجريم، وتحديد مصادره، وأقسام الجرائم في الفقه الإسلامي.

الفصل الأول

التعريف بالجريمة

٢- تعريف الجريمة في الفقه الإسلامي:

الجريمة في الفقه الإسلامي هي "محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد أو تعزير"[٢].

وألفاظ الجريمة والجناية والمعصية والإثم والخطيئة مترادفات، ويصدق عليها جميعا التعريف السابق، ولكن بعض الفقهاء يخصص دلالة "الجناية"، فيقصرها على "أفعال الاعتداء التي تقع على النفس أو على ما دونها من الأطراف".

وقد عرفت الجريمة بأنها محظورات، لأنها تنطوي بالضرورة على مخالفة نهي أو أمر شرعي، لأنها إذا طابقت قواعد السلوك الشرعية، انتفى عنها بالضرورة معنى الجريمة.

وعرفت بأنها محظورات "شرعية"، لأن قواعد السلوك التي تخالفها هي قواعد شرعية.

---

[٢] الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٩٢.

وتضمن تعريف الجريمة أن جزاءها "حد أو تعزيز"، ويشير هذان اللفظان إلى نوعين من العقوبات التي تقررها الشريعة الإسلامية: فالحد عقوبة مقدرة، أي قدرها الشارع بنص في الكتاب أو السنة، وتقديرها يعني بيان جنسها ومقدارها على وجه ثابت لا يجوز التصرف فيه، فلا يجوز للقاضي أو ولي الأمر التعديل فيه. وإذا فهم الحد في مدلول واسع، فإنه يدخل فيه القصاص والدية، باعتبارهما كذلك مقدرين في الكتاب أو السنة.

والتعزير عقوبة غير مقدرة في الكتاب أو السنة، وإنما ترك أمر تقديرها، سواء من حيث بيان الأفعال التي يعاقب عليها بها أو من حيث تحديد جنسها ومقدارها، لولي الأمر، يقدرها مستلهماً ظروف مجتمعه، وما يتهدده من أفعال، وما يجدي في الردع عنها من جزاء.

ويعني ذلك أن الحد والتعزيز نوعان متقابلان – من حيث التقدير – للعقوبة الشرعية. ولا يغنى أحدهما عن الآخر: فبعض الجرائم عقوبتها الحد، وبعضها عقوبته التعزير. ولابد منهما معاً حتى تكتمل للنظام الجنائي الإسلامي معالمه.

٣- عناصر فكرة الجريمة في الفقه الإسلامي:

نستخلص من التعريف الشرعي للجريمة أهم عناصر فكرة الجريمة في الفقه الإسلامي:

فالجريمة في جوهرها "محظور شرعي"، أي أنها "فعل ما نهى الله تعالى عنه، أو ترك ما أمر به". وهذا العنصر يشير إلى "عدم مشروعية" السلوك الذي تقوم به الجريمة: فالجريمة بالضرورة معصية لنهي أو لأمر شرعي ولا جريمة إذا كان السلوك لا يناقض نهياً أو أمراً، إذ يوصف السلوك بالشرعية أو الإباحة، فلا يتصور أن تقوم به جريمة.

ومن عناصر فكرة الجريمة أنها تقوم بفعل أو ترك، أي امتناع، ويمثل هذا العنصر الجانب المادي في الجريمة. ويعلل اشتراط هذا العنصر بأن المحظور الشرعي أو المعصية – باعتباره وصفاً أو تكييفاً – لابد له من موضوع يتعلق به، هذا الموضوع هو الفعل أو الترك ولا يصلح موضوعاً له – من حيث الجزاء الدنيوي – مجرد التفكير أو التصميم أي محض "حديث النفس". وللفعل أو الترك كيان مادي، ويعني ذلك أن فكرة الجريمة تفترض بالضرورة أن لها كياناً مادياً.

وسند ذلك هو قول الرسول صلى الله عليه وسلم "إن الله تعالى تجاوز لأمتي عما وسوست أو حدثت به نفسها، ما لم تعمل به أو تتكلم"، وقوله "من هم بحسنة فلم يفعلها كتبت له حسنة، ومن هم بسيئة فلم يفعلها لم يكتب له شيء".

وتفترض فكرة الجريمة أن تصحب الفعل الإجرامي "نية" أو "إرادة"، يتمثل فيها الجانب المعنوي للجريمة؛ ذلك أن النية لها دور أساسي في تكييف السلوك بأنه جائز أو محظور، تطبيقاً لقول الرسول صلى الله عليه وسلم "إنما الأعمال بالنيات، ولكل امرئ ما نوى". فالجريمة سلوك مادي تصحبه نية سيئة، تكشف عن صلة نفسية بمن صدر عنه، تقرر إثم إرادته وخطيئة نفسه. ويعني ذلك أن الجريمة ليست كياناً مادياً فقط يتمثل في الفعل الإجرامي وما ترتب عليه من آثار ضارة بالمجتمع أو خطرة عليه؛ وإنما هي كذلك كيان نفسي يتمثل في النية الآثمة التي صدر عنها ذلك الفعل، وكان تعبيراً عنها. ويكشف ذلك عن دور "النية" في الشريعة الإسلامية عامة، فالسلوك الإنساني لا يكيف في ذاته، وإنما يكيف بالنظر إلى النية التي صدر عنها وصاحبته، وتعطيه تفسيره وتحدد دلالته الاجتماعية. وقد قررت الشريعة الإسلامية بذلك مبدأ "حيث لا خطيئة فلا مسئولية ولا عقوبة"، وهو المبدأ الذي تجمع عليه التشريعات الحديثة، ولكن تتميز الشريعة بأنها أقرت هذا المبدأ منذ نشوئها، في حين لم يقره التشريع الوضعي إلا في عهد الثورة الفرنسية.

وتفترض فكرة الجريمة في النهاية أن الشارع قرر لها عقوبة تمثل جزاءها، وتتضمن التعبير عن اللوم الديني والاجتماعي الذي يوجهه الشارع إلى مرتكبها. فإذا لم يقرر الشارع عقوبة لفعل أو امتناع، فإن صفة الجريمة تنتفي بالضرورة عنه. والعقوبة دنيوية، ولكنها كذلك أخروية يستأثر الله تعالى بإنزالها أو العفو عنها في الآخرة.

وتعنينا في الفقه العقوبة الدنيوية، باعتبارها هي التي تختص السلطات العامة – وبصفة خاصة القضاء – بتوقيعها، في نطاق ما قرره الله تعالى من أحكام شرعية. والعقوبة الشرعية قد تكون حداً أو قصاصاً أو دية أو تعزيراً. وتشير هذه الألفاظ إلى أنواع من العقوبات الشرعية تختلف فيما بينها من حيث فحواها وأنواع الجرائم التي يقرر لكل نوع منها أحد أنواع العقوبة.

الفصل الثاني

علة التجريم في الفقه الإسلامي

٤- العلة العامة للأحكام الشرعية:

لم يقرر الله تعالى حكماً شرعياً إلا وكانت له علة من مصلحة للعباد: فالشارع الحكيم لا يضيق على الناس، فيحظر عليهم سلوكاً أو يأمر بسلوك عبثاً أو تحكماً، تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً، وإنما يسن سبحانه ذلك من أجل مصلحة.

والمصلحة التي يعلل بها الحكم الشرعي ليست مصلحة يريدها الله لذاته، فسبحانه هو الغني عن عباده وهم الفقراء إليه، وإنما هي مصلحة لعباده، هي مصلحتهم في أن تستقيم أمورهم، ويصلح لهم دينهم ودنياهم، فيقوم المجتمع القوي بأبنائه الذين يحفظون حياتهم وسلامة أجسامهم وعقولهم، المجتمع الفاضل الطاهر الذي يحافظ أبناؤه على نقاء أعراضهم وصحة أنسابهم، المجتمع الذي يحترم كل فرد فيه ملكية غيره فلا يعتدي عليها، فيحرص أبناؤه – بناء على ذلك – على بذل النشاط، من أجل ازدهار المجتمع الإسلامي ونمائه.

وقد قال الله تعالى، بياناً للعلة العامة للشريعة الإسلامية: «يَا أَيُّهَا النَّاسُ قَدْ جَاءتْكُم مَّوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَشِفَاء لِّمَا فِي الصُّدُورِ وَهُدًى وَرَحْمَةٌ لِّلْمُؤْمِنِينَ»[٣]. فالعلة العامة للأحكام الشرعية هي "الهدي والرحمة": الهدى بما بينه الله للناس من أحكام تهديهم سبل الرشاد، والرحمة بهم في صورة صيانة مصالحهم. ونستطيع أن نرد الأحكام الشرعية إلى علة أساسية، هي "الرحمة"، رحمة الله بالبشر، في صورة تحديد مصالحهم الجديرة بالاعتبار، وتقدير الحماية الملائمة لها، وفرض الجزاء الملائم – الدنيوي والأخروي – لمن يعتدي على إحدى هذه المصالح.

٥- منزلة المصلحة من الحكم الشرعي:

المصلحة هي علة الحكم الشرعي، وفي المجال الجنائي، فهي علة قاعدة التجريم، وفي تعبير أدق، فإن حمايتها هي علة التجريم والعقاب. وعلى هذا

---

[٣] سورة يونس، الآية ٥٧.

النحو، فإن تحديد المصلحة محل الحماية يكشف عن العلة في تجريم فئة معينة من الأفعال، وفي ذات الوقت فإنه يفسر قاعدة التجريم، فيحدد أركان الجريمة التي تقرر تجريمها، وأسباب إباحة الفعل الذي تقوم به.

وهذا القول يرد عليه تحفظ، فليس من الصواب أن تعتبر حماية المصلحة، باعتبارها علة التجريم، باعثاً على الحكم الشرعي ومؤثرة فيه بالخلق والإيجاد، ذلك أن هذا الحكم صادر عن الله تعالى، ومن غير السائغ أن ينسب إلى واقعة أنها مؤثرة على إرادته تعالى، فسبحانه خلق مصالح العباد، فلا يجوز أن ينسب إليه أنه يستمد منها بواعث حكمه. ولذلك قد يكون الأدق القول بأن "المصالح أمارات وجود الأحكام الشرعية". ولكن هذا التحفظ لا يحول عند التعرف على المصلحة كأمارة للحكم، أي لقاعدة التجريم، أن نتناول هذه المصلحة بالدراسة، لنجعل من حمايتها سند تفسير قاعدة التجريم، والسبيل إلى شرح وتفصيل ما تقرره من أحكام.

٦- المصالح التي تحميها قواعد التجريم في الفقه الإسلامي:

إذا كانت الأمارة والعلة العامة للأحكام الشرعية هي حماية المصالح التي رآها الشارع الحكيم جديرة بالحماية، فإن أمارة وعلة قواعد التجريم خاصة هي حماية فئة من المصالح أكثر أهمية من سواها، هي حماية المصالح الهامة التي تبرر أهميتها تقرير العقوبة جزاء للاعتداء عليها.

٧- بيان المصالح التي تحميها قواعد التجريم في الفقه الإسلامي:

رد الفقهاء هذه المصالح إلى مصالح خمس:

حفظ الدين، وحفظ النفس، وحفظ العقل، وحفظ النسل، وحفظ المال.

وقد قال الإمام أبو حامد الغزالي في توضيح هذه المصالح "إن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكنا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع. ومقصود الشرع من الخلق خمسة، وهو أن يحفظ عليهم دينهم، وأنفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم، فكل ما

يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول، فهو مفسدة، ودفعها مصلحة"[٤].

ويضيف الإمام الغزالي إلى ذلك بيان أهمية المصالح التي تحميها قواعد التجريم بالقياس إلى سائر المصالح، فيقرر أن "هذه الأصول الخمسة حفظها واقع في رتبة الضرورات، فهي أقوى المراتب في المصالح". ويستخلص من أهمية هذه المصالح أن حمايتها أمر تتفق فيه جميع الشرائع، أي أن هذه الحماية ضرورة عامة في كل المجتمعات، فيقول إن "تحريم تفويت هذه الأمور الخمسة والزجر عنها يستحيل ألا تشتمل عليه ملة من الملل، وشريعة من الشرائع التي أريد بها إصلاح الخلق، ولذا لم تختلف الشرائع في تحريم الكفر والقتل والزنى والسرقة وشرب المسكر".

٨- تفصيل التجريم الناشئ عن إهدار المصالح السابقة:

إن حفظ الدين هو علة تجريم الردة حداً وسائر الأفعال التي تمس الدين تعزيراً.

وحفظ النفس هو علة تجريم القتل، والجناية على الأطراف قصاصاً.

وحفظ العقل هو علة تجريم شرب الخمر حداً.

وحفظ النسل هو علة تجريم الزنى حداً، وسائر الأفعال التي تمس العرض أو الحياء العام تعزيراً.

وحفظ المال هو علة تجريم السرقة حداً، وسائر أفعال الاعتداء على حق الملكية، وغيرها من الحقوق المالية تعزيراً.

٩- التدرج في أهمية المصالح التي يحميها الشارع الإسلامي:

تنقسم الجرائم في الفقه الإسلامي من حيث نوع المصالح التي تحميها إلى خمس فئات: جرائم تقع اعتداء على الدين، وجرائم تقع اعتداء على النفس، وجرائم تنال بالاعتداء العقل، وجرائم تقع اعتداء على النسل، وجرائم تقع اعتداء على المال.

---

[٤] المستصفى من علم الأصول، للإمام أبو حامد الغزالي، جـ ١ ص ٢٨٧، ٢٨٨.

وواضح أن هذه الفئات من الجرائم تتفاوت من حيث خطورتها وجسامة ما تنطوي عليه من اعتداء. ومن حيث العقوبة المقررة لكل منها. وتعليل ذلك هو تفاوت أهمية المصالح التي تقوم هذه الجرائم بالاعتداء عليها. ويرتب الشارع فئات الجرائم السابقة من حيث الخطورة وشدة العقوبة. ويبدو أن ترتيبها المستخلص من جسامة عقوباتها هو على الوجه التالي: جرائم الاعتداء على الدين، وجرائم الاعتداء على النفس، وجرائم الاعتداء على النسل، وجرائم الاعتداء على المال، وجرائم الاعتداء على العقل.

وبالإضافة إلى ذلك، فليست الجرائم التي تنتمي إلى فئة من الفئات السابقة على ذات القدر من الخطورة، والجدارة بذات العقوبة؛ بل إنها متدرجة من هذه الوجهة. وعلى سبيل المثال، فإنه في مجال جرائم الاعتداء على النفس لا يستوي القتل وقطع الأطراف، وفي مجال قطع الأطراف تتفاوت خطورة الجريمة بتفاوت أهمية العضو الذي ناله القطع. والضرب أقل جسامة من قطع أحد الأطراف. وحرمان شخص من حريته أقل خطورة من ضربه. والسب يغلب أن يكون أقل خطورة من حرمان شخص من حريته. ويتضح بذلك أنه على الرغم من اجتماع الجرائم السابقة في فئة جرائم الاعتداء على النفس، فإنها تتفاوت من حيث جسامتها وعقوباتها.

والوضع لا يختلف بالنسبة للفئات الأخرى من الجرائم: ففي مجال جرائم الاعتداء على النسل تبدو جريمة الزنى أشد خطورة من الجرائم التي ترتكب بأفعال تمس عورة في جسم المجني عليه لا تبلغ مبلغ الاتصال الجنسي. وهذه الجرائم أشد خطورة من جرائم تقوم بمجرد الاطلاع على عورة المجني عليه.

وفي مجال جرائم الاعتداء على المال تعتبر السرقة أشد خطورة من سائر هذه الجرائم.

وفي مجال الاعتداء على العقل يعد تعاطي المسكر أشد خطورة من مجرد تقديمه أو بيعه أو مجالسة متعاطيه.

وفي مجال الاعتداء على الدين تعد الزندقة أشد خطورة من الردة، وهذه أشد خطورة من الجهر بعدم أداء الفروض دون إنكارها.

وقد صنف الإمام محمد أبو زهرة كل مصلحة يحميها الشارع الجنائي إلى أنواع: مصلحة ضرورية ومصلحة حاجية ومصلحة تحسينية، فقال "إن كل نوع من هذه المصالح التي أوجب الشارع المحافظة عليها ينقسم إلى مصالح ضرورية

لا يمكن قيام الأمر من غير هذه المصلحة، فما يكون به حفظ الحياة يكون ضرورياً، وما يكون به حفظ الحياة من غير ضيق وحرج يكون حاجياً، وما يكون به حفظ الحياة غير مهينة ولا مشينة يسمى تحسينياً"(٥).

وأهمية "نظرية التدرج في المصالح" هو الاختلاف في جسامة العقوبة، فتكون عقوبة الاعتداء على المصلحة الأهم أشد من عقوبة الاعتداء على مصلحة أقل أهمية. والاعتداء الجسيم على مصلحة معينة أشد عقوبة من عقوبة الاعتداء الأقل جسامة على ذات المصلحة. وهذا التفاوت في العقوبة قد اعتد به الشارع الحكيم فيما قدره من عقوبات، ويتعين على القاضي أن يعتد به في حدود ما يخول له الشارع من سلطة تقديرية.

وأهمية هذه النظرية – من وجهة ثانية – تتمثل كذلك في تطبيق "نظرية تنازع المصالح": فإذا قام التنازع بين مصلحتين وثبت أنه لا يمكن صيانتهما معاً، وأنه يتعين إهدار إحداهما صيانة للأخرى، فإنه يجب إهدار أقلهما قيمة صيانة لأكثرهما قيمة، على ما نفصله فيما يلي:

١٠– تنازع المصالح التي يحميها الشارع:

إذا تنازعت مصلحتان أو أكثر من المصالح التي يحميها الشارع الإسلامي، فإن العلة العامة للشريعة الإسلامية، والمصلحة الحقيقية للمجتمع الإسلامي في مجموعه يقتضيان ترجيح المصلحة الأكثر أهمـية، وإباحة إهدار المصلحة الأقل أهمية، إذا كانت صيانة الأولى لا تتحقق إلا بذلـك.

وبهذا الترجيح يقوم سبب للإباحة، إذ يترتب عليه أن يصير إهدار المصلحة الأدنى – والأصل فيه أنه جريمة – فعلاً مباحاً، لا تقوم به جريمة، ولا تنشأ عنه مسئولية، ولا يوقع من أجله عقاب.

وتطبيقاً لذلك، يجوز قتل الجنين إذا تعين ذلك سبيلاً إلى صيانة حياة الحامل أو سلامة جسدها. ويجوز إهدار المال صيانة للنفس. ويجوز إهدار نفس واحدة صيانة لأنفس عديدة، كما لو قتل رجال السلطة العامة مجرماً هارباً أثناء مطاردتهم له صيانة لحياة أهل قرية أو حي يهددهم هذا المجرم بجرائمه. ويجوز إهدار حياة المعتدي أو سلامة بدنه صيانة لحياة المعتدى عليه أو سلامة بدنه،

---

(٥) الإمام محمد أبو زهرة ، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي صفحة ٤٥.

وهو ما يعرف "بدفع الصائل" أو "الدفاع الشرعي"، وذلك باعتبار أن حق المعتدى عليه أرجح اجتماعياً من حق المعتدي، إذ التجاؤه إلى العدوان قد أضعف من القيمة الاجتماعية لحقه.

١١- هل المصالح السابقة وردت على سبيل الحصر؟

المصالح الخمس السابقة التي اعتبرت حمايتها علة التجريم في الشريعة الإسلامية لم يرد في شأنها نص في الكتاب أو السنة يقرر انحصار علة التجريم فيها. وإنما حددت هذه المصالح بناء على تأصيل الفقهاء، وملاحظتهم علل التجريم في أخطر الأفعال التي تمس أمن المجتمع الإسلامي واستقراره وأهم حقوقه. وقد حددت هذه المصالح كذلك باستظهار علل التجريم في جرائم الحدود والقصاص.

وبناء على ذلك، فإنه ليس ثمة ما يحول بين ولي الأمر - السلطات المختصة - في المجتمع الإسلامي وبين حماية حقوق ومصالح أخرى إذا قدر أن لها من الأهمية ما يقتضي تقرير هذه الحماية لها. مثال ذلك حماية النظام الضريبي أو النقدي أو حماية البيئة أو حماية نظام المرور في الطرق العامة، وذلك بالعقاب على الأفعال التي تهدر إحدى هذه المصالح الاجتماعية.

وبديهي أن يكون العقاب على هذه الأفعال تعزيراً.

الفصل الثالث

أقسام الجرائم في الفقه الإسلامي

١٢ - تمهيد:

الجـــرائم في الفقــه الإسلامي متنوعة، وهي لذلك محل لتقسيمات متعددة تختلف باختلاف الأسس التي تقوم عليها. وهذه الأسس مستمدة من أركان الجريمة، فثمة تقسيمات مستمدة من ركن عدم المشروعية، وأخرى مستمدة من ماديات الجريمة أو مستمدة من معنوياتها. ونرى أن نلحق بدراسة كل ركن التقسيمات التي تتصل به.

ولكن ثمة تقسيماً للجرائم يعد التقسيم الأساسي لها، إذ ينبني عليه اختلاف جوهري في الأنواع التي ترد إليها الجرائم وفقاً لهذا التقسيم. بل إن هذا التقسيم يعتبر أساس دراسة النظام الجنائي الإسلامي.

هذا التقسيم يقوم على التمييز بين جرائم الحدود، وجرائم القصاص، وجرائم الدية، وجرائم التعزير. وهذا التقسيم يقابله تقسيم مماثل للعقوبات: فثمة عقوبات الحدود أو القصاص أو الدية أو التعزير.

ونفصل فيما يلي كل قسم من هذه الجرائم.

المبحث الأول

جرائم الحدود

١٣ - تعريف:

جرائم الحدود هي الجرائم المعاقب عليها بحد.

والحد هو العقوبة المقدرة من قبل الشارع، ويتعلق بها حق الله تعالى.

ويعني ذلك أن ضابط اعتبار الجريمة من جرائم الحدود هو نوع العقوبة المقررة لها، وكونها توصف بأنها حد.

١٤- عناصر فكرة الحد:

الحــد – على ما تقدم – عقوبة مقدرة شــرعاً يتعلق بتوقيعهــا حق الله تعالى.

ويتضح بذلك أن للحد عنصرين:

الأول: أنه عقوبة مقدرة بنص شرعي ثابت.

ومعنى أنه عقوبة مقدرة أنها ذات حد واحد ثابت، بحيث لا يجوز للقاضي أن يتصرف فيه بوجه ما، فليس له أن يغير من جنسه أو مقداره: ليس له أن يزيد من مقداره أو يخفف منه. وليس له أن يطبق عليه ظروفاً مشددة أو مخففة، وليس له أن يشمله بإيقاف التنفيذ. ويعني ذلك أن الحد عقوبة تنتفي بالنسبة لها "السلطة التقديرية" للقاضي.

ويترتب كذلك على هذا العنصر، أنه لا يجوز لولي الأمر "رئيس الدولة" أن يعفو عن الحد، سواء قبل الحكم به أو بعد ذلك، وسواء كان العفو كلياً أو كان جزئياً.

والثاني: أن الحد يتعلق به حق الله تعالى، سواء كان حقاً خالصاً له، أو كان للعبد حق فيه كذلك.

ومن هذا العنصر اشتق لفظ الحد، ذلك أن حدود الله هي محارمه، وحماه الذي لا يجوز لعبد أن يفتات عليه.

١٥- بيان جرائم الحدود:

ورد النص على جرائم الحدود على سبيل الحصر، فلا يجوز الإنقاص منها أو الزيادة عليها. وقد يرد النص على الحد في الكتاب أو السنة.

وجرائم الحدود هي: الزنى، والقذف، والشرب، والسرقة، والحرابة، والردة، والبغي.

١٦- الأسانيد الشرعية لجرائم الحدود وعقوباتها:

سند حد الزنى هو قول الله تعالى «الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ وَلاَ تَأْخُذْكُم بِهِمَا رَأْفَةٌ فِي دِينِ اللَّهِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ

وَلْيَشْهَدْ عَذَابَهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ»[٦]. وورد في شأن حد الزنى من المحصن قول الرسول صلى الله عليه وسلم "لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: زنا بعد إحصان، وكفر بعد إيمان، وقتل نفس بغير نفس".

وحد السرقة سنده قول الله تعالى «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا جَزَاء بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللّهِ»[٢].

وحد القذف سنده قول الله تعالى «وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ »[٣].

وحد البغي سنده قول الله تعالى «وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِن فَاءتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ»[٤].

وحد الحرابة سنده قول الله تعالى «إِنَّمَا جَزَاء الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الأَرْضِ فَسَاداً أَن يُقَتَّلُواْ أَوْ يُصَلَّبُواْ أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلافٍ أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ الأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ إِلاَّ الَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُواْ عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ»[٥].

وحد الردة سنده قول الرسول صلى الله عليه وسلم "من بدل دينه فاقتلوه"، وقوله "لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: "الثيب الزاني، والنفس بالنفس، والتارك للجماعة".

وحد الشرب سنده قول الرسول صلى الله عليه وسلم في شارب أتى به "اضْرِبُوه، وقوله "مَنْ شَرِبَ الْخَمْرَ فَاجْلِدُوه، ثُمَّ إِنْ شَرِبَ فَاجْلِدُوه، ثم إن شرب فَاجْلِدُوه، ثُمَّ إِنْ شَرِبَ الرَّابِعَةَ فَاقْتُلُوهْ".

١٧- مدى اتصال الحدود بحق الله تعالى:

الحدود جميعاً متصلة بحق الله تعالى. ومعنى اتصالها بحق الله تعالى أنها تتصل بمصلحة المجتمع، ذلك أن الله تعالى لا يبتغي بما يقرره مصلحة أو حقاً

---

[٦] سورة النور الآية ٢.
[٢] سورة المائدة الآية ٣٨.
[٣] سورة النور الآية ٤.
[٤] سورة الحجرات الآية ٩.
[٥] سورة المائدة الآيتان ٣٣ ، ٣٤.

ذاتياً، تعالى عن ذلك علواً كبيراً، فهو الغني الحميد، وإنما يبتغي بالحدود التي يقدرها، بل بجميع الأحكام التي تصدر عنه تحقيق النفع العام لعباده، وللمجتمع الإسلامي.

ولكن الحـــدود تختلف فيما بينها من حيث مدى اتصالهـــا بحق الله تعالى: فبعضها حق خالص له سبحانه، وبعضها حق له وحق للعـــبد كذلك.

١٨- الحدود التي هي حق خالص لله تعالى:

هذه الحدود هي الزنى، والشرب، والردة، وقطع الطريق.

ويعني اعتبار هذه الحدود حقاً خالصاً لله تعالى أن جانب العبد – ولو كان المجني عليه – هو غير ذي اعتبار في تقرير الحد، فالشارع الحكيم استهدف بهذه الحدود مجرد حماية مصلحة المجتمع، ولذلك لم يجعل للعبد شأناً في المطالبة بالحد، ولم يتطلب إصراره على تنفيذه، وذلك على خلاف الحدود التي هي حق لله والعبد.

ومن الأدلة على أن بعض هذه الحدود حق خالص لله تعالى أن حد الزنى روعي في تقريره، وجعله بالشدة التي وضعه الله فيها، أن جريمة الزنى هي اعتداء على العائلة الإسلامية، وهي نواة المجتمع الإسلامي. وأن هذه الجريمة هي اعتداء على نقاء الأنساب، وهو حق للمجتمع الإسلامي في أن يكون جميع أبنائه ذوي نسب شرعي.

وعلة تجريم الزنا كذلك المحافظة على الفضيلة، وصيانة الأخلاق، والحث على الزواج، وتأسيس الأسرة الإسلامية الصالحة. وقد أكد هذه المعاني رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله "اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم، استحللتم فروجهن بكلمة الله". ويعني ذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم وصف الزواج بأنه "كلمة الله"، فإذا كان الزنى "اعتداء على كلمة الله"، فإن مؤدى ذلك بالضرورة أنه اعتداء على حق خالص لله تعالى.

ووصف الله تعالى الذين يرتكبون "جريمة الحرابة" بأنهم «الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الأَرْضِ فَسَاداً»[٧]. ويعني ذلك أن هذه الجريمة هي

[٧] سورة المائدة، الآية ٣٣.

حرب لله ورسوله، أي أنها اعتداء على حق خالص لله تعالى. وهذه الجريمة وصفها الله تعالى بأنها سعي في الأرض بالفساد، أي أنها اعتداء على حق للمجتمع الإسلامي في أمنه واستقراره، واستتباب نظامه؛ والاعتداء على حق للمجتمع هو – على ما تقدم – اعتداء على حق لله تعالى.

١٩– الحدود التي يجتمع فيها حق الله تعالى وحق العبد:

الحدان اللذان يجتمع فيهما حق الله تعالى وحق العبد هما حدا السرقة والقذف.

فحد السرقة يتعلق به حق الله تعالى، ذلك أن السرقة اعتداء على حق المجتمع في أن تصان ملكية الأموال لأصحابها، ويستقر في المجتمع احترام حق الملكية لمن اكتسبه، ويكون من شأن ذلك الحث على كسب المال، وبذل النشاط الاقتصادي، الأمر الذي يؤدي إلى ازدهار المجتمع وتنميته. والسرقة كذلك اعتداء على حق العبد، باعتبارها تقع على مال مملوك لشخص معين، ومن ثم كان جانب هذا الشخص موضع اعتبار في تحديد الأحكام التي تخضع لها. وقد قال بعض الفقهاء "إن حق العبد ثابت في السرقة في الابتداء، وإن كان حق الله تعالى ثابتاً وحده في الانتهاء"[٨].

وقال بعض الفقهاء في ذات المعنى: إن حد السرقة الحق فيه خالص لله تعالى وإن لذلك موضعه من الحق، وذلك لأنه بعد أن يحصل الادعاء والإثبات تصبح إقامة الحد خالصة لله تعالى ليس للعبد أن ينزل عنه، ولا عبرة بإسقاطه إن أسقطه ولكن لأن النظر في إثبات ذلك لا يتحقق إلا بعد تحريك الدعوى من المسروق منه، والخصومة وطلب الحد، كان للعبد نوع من حق، وإن لم يكن غالباً.

والقذف يتعلق به حق الله وحق العبد معاً، فالمجني عليه وهو الذي قذفه الجاني بالزنى هو الذي يدعي به، فإذا ادعي ثبت لولي الأمر، أي السلطات العامة، السير في الخصومة، ولم يكن للمجني عليه العفو عن الجاني، وإسقاط الحد أو إيقاف تنفيذه، وذلك تطبيقاً لقول الرسول عليه الصلاة والسلام "إذا بلغت الحدود السلطان فلعن الله الشافع والمشفع"[٩].

---

[٨] الإمام الشيخ أبو زهرة رقم ٦٣ ص ٥٩.

[٩] ويروي أن جماعة شكوا لصا ليرفعوا أمره إلي عثمان رضي الله عنه فتلقاهم الزبير فشفع فيه، فقالوا إذا رفع الأمر إلي عثمان فاشفع فيه فقال: "إذا بلغت الحدود السلطان فلعن الله الشافع والمشفع" السياسة الشرعية لابن تيمية ص ٦٩.

٢٠- الأحكام التي تخضع لها الحدود:

أهم هذه الأحكام يتعلق بالموضوعات التالية: الإدعاء بالحد، ووسائل إثبات جريمة الحد، ومدي جواز العفو عن الحد، وما إذا كان الحد يسقط بالتقادم.

٢١- الادعاء بالحد:

يتعين في دراسة الإدعاء بالحد التفرقة بين الحدود التي هي حق خالص لله تعالي، والحدود التي هي حق لله وللعبد.

فإذا كان الحق خالصاً لله تعالي، فلا يشترط الإدعاء به لتوقيع الحد، لأنه لا يوجد مجني عليه من الأفراد له صفة الإدعاء. وبناء علي ذلك، كان الشاهد مدعياً، ودعواه تسمي "دعوى حسبة". ومؤدى ذلك، أن الشهادة بالجريمة تسمع ولو لم تسبقها دعوى، وذلك استثناء من القواعد العامة التي تتطلب قيام الإدعاء قبل الاستماع إلي الشهادة التي تعتبر إحدى إجراءات الدعوى(١٠).

وتطبيقا لذلك، فإنه إذا شهد الزنا أربعة شهود كان لهم أن يذهبوا إلي القاضي، ويشهدوا أمامه بواقعة الزنا التي شهدوها، ويكون عليه أن ينطق بحدها، إذا توافرت أركان الجريمة.

والحكم ذاته مقرر بالنسبة لجريمة الشرب، باعتبار أنه يتعلق بها حق الله الخالص.

وتسمي الشهادة في الحالتين "شهادة حسبة". وهذه الشهادة تعد في ذاتها "دعوى"(١١).

أما إذا كان الحد حقاً لله والعبد: فيشترط الإدعاء في الابتداء، أي يشترط أن يتقدم المجني عليه ويقيم الدعوى، ويطالب بتوقيع الحد علي مرتكب الجريمة. وتلك هي القاعدة العامة من حيث اشتراط سبق الإدعاء لقيام الدعوى في الخصومة ومباشرة إجراءاتها. وتطبيقاً لذلك، فإنه لا يوقع حد السرقة إلا إذا ادعي المجني عليه، أي مالك المال موضوع السرقة. ولا يوقع حد القذف إلا إذا

---

(١) يقول الإمام الكاساني في ذلك "لا خلاف في أن الخصومة ليست بشرط في حد الزنا أو الشرب، لأنه حق خالص لله تعالي، والخصومة ليست بشرط في الحدود الخالصة لله تعالي: لأنها تقام حسبة لله تعالي، فلا يتوقف ظهورها علي دعوى العبد": بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، جـ ٧ ص

(٢) الإمام الشيخ أبو زهرة صفحة ٦٠.

ادعي المجني عليه، أي المقذوف في حقه. وتعليل اشتراط الادعاء لا صعوبة فيه، إذ القاعدة علي ما قدمنا هي أن "الادعاء شرط الدعوى" أو في تعبير آخر "لا دعوى بغير ادعاء"[١٢]. وتطبق هذه القاعدة، سواء ثبتت الجريمة بالشهادة أو بالإقرار[١٣].

ولكن ثمة فارقاً بين السرقة والقذف من حيث الادعاء.

ففي السرقة لا يشترط استمرار الادعاء، أي استمرار الخصومة: فإذا صدر الإدعاء، وقامت الخصومة، فليس للمجني عليه سيطرة عليها، أي لا يقبل عفوه عن السارق، ومؤدي ذلك أن تبقى الخصومة قائمة ويقضى بالحد علي الرغم من عفو المجني عليه. ويعد ذلك تطبيقاً لمبدأ "إذا بلغت الحدود السلطان فلعن الله الشافع والمشفع".

أما في القذف، فإن رأي الجمهور، وبصفة خاصة الإمامين الشافعي وأحمد أن الاستمرار في الخصومة شرط لمحاكمة القاذف والقضاء عليه بالحد وتنفيذه فيه. وهذا الرأي يغلب حق العبد، ويشبه من ثم هذا الحد بالقصاص، فيقرر سقوطه بعفو المجني عليه.

ويرى الإمام أبو حنيفة وأصحابه أن الاستمرار في الخصومة ليس شرطاً في حد القذف، ومن ثم فإن العفو لا يسقط الحد. وسند هذا الرأي تغليب حق الله تعالي، وإعمال مبدأ "عدم جواز الشفاعة في الحد إذا بلغ السلطان"[١٤].

---

[١٢] يعلل اشتراط الادعاء لإقامة دعوى السرقة بأن من أهم أركان السرقة أن يكون المال مملوكاً لغير السارق، وأن يكون المجني عليه لم يبحه له، وأن يكون المال في حرزه. وشرط التحقق من ذلك هو إدعاء المجني عليه – فإذا كان لم يدع، فثبوت هذه الأركان محل شك، وعند الشك لا يجوز أن يوقع الحد تطبيقا لمبدأ "ادرءوا الحدود بالشبهات"، علي ما ورد في حديث الرسول صلي الله عليه وسلم. ويؤيد ذلك قضاؤه عليه الصلاة والسلام، حين أقر شخص عنده بسرقة حمل، فأرسل إلي المجني عليهم ، فقالوا "إنا افتقدنا حملاً لنا"، فوقع عليه الرسول الحد (المغني، لابن قدامة، ج٧ ص٢٨٥). ويستخلص من القضاء أنه إذا لم تكن المطالبة شرطاً لإقامة دعوى السرقة، ما كان الرسول يبعث إلي المجني عليهم ليسألهم، ويري ما إذا كانوا يدعون بالسرقة.

[١٣] خالف الإمام مالك وبعض الحنابلة في اشتراط الادعاء في دعوى السرقة، استناداً إلي عموم قول الله تعالي «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا جَزَاء بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللّهِ»، فحكم الآية عام في توقيع الحد علي السارق دون اشتراط سبق الادعاء من المجني عليه، وهذا الرأي يجعل من حد السرقة حقاً خالصاً لله تعالي.

[١٤] أبرز الإمام الكاساني الفرق بين الرأيين "علي أصل الشافعي حد القذف خالص حق العبد، فيشترط الدعوى كما في سائر حقوق العباد، وعندنا (أي عند الحنفية) حق الله تعالي عز شأنه، وإن كان هو المغلب فيه لكن للعبد فيه حقا، لأنه ينتفع به بصيانة عرضه عن التهتك، فيشترط فيه الدعوى من هذه الجهة". بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٧، ص٥٢.

٢٢- وسائل إثبات جرائم الحدود:

الأصل الذي قررته الشريعة الإسلامية في شأن إثبات جرائم الحدود، أن الإثبات فيها مقيد، أي أنه لابد أن تقدم إلى القاضي أدلة معينة، حتى تعتبر الجريمة ثابتة، فليست جميع الأدلة مقبولة، وإنما تقبل الأدلة التي أجازتها الشريعة فحسب. ويتضح من هذه الوجهة الخلاف بين جرائم الحدود وجرائم التعزيز، إذ تقبل في الأخيرة كل طرق الإثبات، وتخضع بذلك لمبدأ "الاقتناع القضائي".

ونعـــرض فيمـــا يلي لأهـــم جـــرائم الحـــدود، لاستظهـــار حكمها من حيث الإثبات.

(أ) الزنى: لا يثبت الزنى، ولا يوقع الحد المقرر له إلا بشهادة أربعة شهود، أو بالإقرار. ومؤدى ذلك، أنه إذا لم يقر الزاني بفعله، وشهد عليه عدد من الشهود يقل عن الأربعة، فلا يوقع عليه حد الزنى، وإنما يعتبر الشهود مرتكبي جرائم قذف، ويوقع عليهم حد القذف.

وهذه القاعدة في الإثبات سندها قول الله تعالي «وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ»[١٥]، وقوله عز وجل "واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم، فاستشهدوا عليهن أربعة منكم"[١٦] وقوله تعالي «لَوْلا جَاءوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاء فَأُوْلَئِكَ عندَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ»[١٧]. وسند هذه القاعدة كذلك، قول الرسول صلي الله عليه وسلم "نعم" عن مسألة "أرأيت لو وجدت مع امرأتي رجلاً أمهله حتى آتي بأربعة شهداء"[١٨].

ويثبت الزنى كذلك بإقرار الزاني، أي باعترافه الصريح بالفعل الذي تقوم به جريمته.

وقد اختلف الفقهاء في عدد مرات الإقرار الذي يعد دليل إثبات في الزنى:

فالحنفية والحنابلة يشترطون تكرار الإقرار أربع مرات، وإصراره علي إقراره بعد مراجعته عقب كل إقرار. وحجتهم في ذلك قضاء الرسول عليه الصلاة والسلام

---

[١٥] سورة النور، الآية ٤.
[٢] سورة النساء، الآية ١٥.
[٣] سورة النور، الآية ١٣.
[٤] المغني جـ ٨، ص ١٦٨.

في قضية ماعز بن مالك الذي أقر لديه بالزنى، فأعرض عنه، حتى كرر إقراره أربع مرات، ثم سأله "أبك جنون؟"، فلما قال "لا" قضي عليه بالحد[١٩]. ويحتجون كذلك بقياس الإقرار علي الشهادة، "فالإقرار هو شهادة الشخص علي نفسه"، ومن ثم تعين أن تطبق عليه قاعدة اشتراط تعدد الشهود.

أما الشافعـــية والمالكية، فيرون كفاية الإقرار مرة واحدة، ويحتجون بأن لا وجه لقياس الإقرار علي الشهادة، لاختلافهما من حيث الطبيعة. ويحتجون كذلك بأنه في مجال المعاملات المالية يشترط تعدد الشهود، فيكونون رجلين أو رجلاً وامرأتين، ومع ذلك لا يشترط تعدد مرات الإقرار. ويضيفون إلي ذلك أنه في قضاء الرسول صلي الله عليه وسلم، اكتفي بالإقرار مرة واحدة في بعض الأقضية وإذا كان قد قضي بالحد علي "ماعز بن مالك" بعد إقراره أربع مرات، فلم يكن ذلك لتطلب العدد، ولكن كان ذلك لما قدره من اقتضاء تحقيق الدعوى ذلك. ويخلصون من ذلك أن التكرار غير مشترط، ولكنه يستحسن.

(ب) والشرب يثبت بإقرار الشارب أو شهادة شاهدين.

واختلف الفقهاء كذلك فيما إذا كان يشترط تكرار الإقرار أم لا يشترط ذلك، فقال أبو يوسف وفريق من الحنابلة بتكراره مرتين بمقدار الشهادة، وقال الإمام أبو حنيفة ومحمد بعدم اشتراطه. وقد وضع الإمام الكاساني القاعدة في ذلك، فقال "إن كل ما يسقط بالرجوع عن الإقرار، فعدد الإقرار فيه كعدد الشهود".

وحجة الفقهاء الذين يشترطون التكرار أن الحدود التي فيها حق الله تعالي لابد فيها من "الإصرار علي القول". وحجة من لا يشترطون التكرار أنه – أي التكرار – تقرر في إثبات الزنى علي خلاف القياس، وما كان علي خلاف القياس لا يقاس عليه. وتعليل اعتباره وارداً علي خلاف القياس أن الإقرار إخبار شخص عن فعله، وهذا الإخبار إذا صدر عمن هو أهل وحر ليس فيه مظنة أو شبهة، ومن ثم لا يكون محل للتكرار، لأنه قاطع بذاته دون حاجة إلي تكراره.

(جـ) والقذف يثبت بالإقرار بعد الدعوى أو شهادة شاهدين. ولا يحسب المجني عليه – بدعواه – من بين الشهود، ذلك أن له مصلحة في إثبات القذف. ولا يشترط – في إجماع الفقهاء – تكرار الإقرار.

---

[١٩] المغني جـ ٨، ص ١٩٢.

هل يثبت الحد بالنكول عن اليمين؟: إذا وجه المدعى إلي المتهم اليمين، ليحلف علي أنه لم يرتكب الجريمة، فنكل عن الحلف، فهل يعد هذا النكول بمثابة إقرار بالجريمة، ومن ثم يقام الحد عليه؟

تتعين التفرقة بين السرقة والقذف:

السرقة: لا يعتبر النكول عن اليمين فيها بمثابة إقرار بارتكابها، يجيز توقيع الحد علي المتهم بها.

وسند هذه القاعدة أن حق الله تعالي غالب في السرقة، ومن ثم لا يكون للعبد شأن بالخصومة بعد انعقادها.

وتعلل هذه القاعدة عند الإمام أبي حنيفة بأن النكول عن اليمين "بذل وتبرع وعطاء"، ولا يجوز ذلك إلا في مجال المعاملات المالية، حيث يجوز البذل والعطاء، أما في مجال الحدود، فليس لذلك محل. وعلل الصاحبان هذه القاعدة، بأن النكول عن اليمين، وإن كان يتضمن إقراراً، إلا أن فيه شبهة، باعتباره سكوتاً، والأصل أنه لا ينسب لساكت قول، فإذا كان إقراراً فيه شبهة، فلا يعتبر دليل إثبات للحد، لأن "الحدود تدرأ بالشبهات".

ولكن النكول عن اليمين يصلح لإثبات ملكية المال للمدعي، وينشأ به على المتهم بالسرقة الالتزام برد المال أو ضمان قيمته.

وللنكول عن اليمين دوره في ثبوت التعزير؛ فهو شبهة تسقط الحد، ولكنها لا تسقط بالضرورة العقوبة التعزيرية.

القذف: يذهب الرأي الغالب في الفقه إلى جواز إثبات القذف بالنكول عن اليمين، وحجته في ذلك غلبة حق العبد فيه[٢٠]، مما يقتضي أن تطبق القواعد الخاصة بما هو حق خالص للعبد، من حيث جواز توجيه اليمين، واعتبار النكول عنها دليل إثبات.

وقد ذهب بعض الحنفية إلى غير ذلك، فأجازوا القضاء بحد القذف استناداً إلى نكول القاذف عن اليمين، واحتجوا لذلك بحق الله تعالى فيه، وأضافوا إلى ذلك اعتبار النكول عن اليمين إقراراً، ونفوا أن تكون قد خالطته شبهة، لأن الناكل سكت في مقام يطالب فيه حتماً بالبيان.

---

[٢٠] بل أن الإمام الشافعي قد اعتبره حقاً خالصاً للعبد.

٢٣- العفو عن الحــد:

إذا كان الحد حقاً خالصاً لله تعالى، فالعفو عنه غير متصور، إذ الاعتداء وقع على حق الله وحده، ومن ثم لا يوجد مجني عليه من الأفراد يتصور أن يصدر العفو عنه. وبناء على ذلك، فإن العفو غير متصور في جريمتي الزنى والشرب.

أما إذا كان الحد يتعلق به حق الله وحق العبد، فالعفو متصور، إذ يوجد مجني عليه، هو العبد الذي نال الاعتداء حقه.

وبناء على ذلك، يثور التساؤل حول تأثير عفو المجني عليه على الحد، عبر تأثيره على حقه الذي ناله الاعتداء.

وللعفو على هذا النحو تأثيره على حدي السرقة والقذف.

(أ) **العفو عن حد السرقة:** إذا صدر العفو قبل الادعاء بالسرقة، فلا تجوز إقامة الدعوى، وبناء على ذلك، فإنه لا يتصور النطق بالحد، إذ لا قضاء في غير نطاق دعوى قائمة.

ولكن هذا العفو لا يمحو وصف الجريمة عن السرقة، وإنما يزيل الحد فحسب، وبناء على ذلك يجوز العقاب على هذه السرقة تعزيراً.

ويجوز العفو بعد الادعاء وقبل النطق بالحكم.

أما إذا صدر العفو بعد النطق بالحكم، فليس له تأثير، إذ بالحكم يصير الحد حقاً خالصاً لله تعالى، وحقوق الله الخالصة لا تقبل إسقاطاً.

هل يسقط الحد بتملك المتهم المال الذي اتهم بسرقته؟: يرى فقهاء الحنفية أنه إذا تملك المتهم المال الذي اتهم بسرقته قبل الادعاء استحال توقيع الحد، ذلك أن شرط توقيعه "المطالبة بالمسروق" أي الادعاء، فإذا تملك المتهم المال، لم يعد من حق المجني عليه الادعاء، ومن ثم لا تقوم الدعوى التي ينطق بالحد في نطاقها.

أما إذا تملك المال بعد الإدعاء بالسرقة، فلا يسقط الحد. ويحتج هذا الرأي بقضاء الرسول عليه الصلاة والسلام في شأن سرقة رداء كان المجني عليه يتوسده في المسجد، فلما أبلغ الرسول بهذه السرقة، وتحقق من ثبوتها، قضى بقطع يد السارق. فقال المجني عليه "لم أرد هذا، ردائي عليه صدقة"، فقال الرسول "فهلا قبل أن تأتيني"،

مما يعني أن تمليك المال للسارق يسقط الحد قبل الادعاء، ولكن لا يسقطه بعد الادعاء. وذهب رأي إلى سقوط الحد لأن العين صارت ملكه، ولا يجوز أن يقطع في عين صارت ملكه، ويحتج هذا الرأي بأنه إذا كانت المطالبة شرطاً لتوقيع الحد، فإن هذا الشرط يتعين دوامه، فإذا تملك المتهم العين انقطعت المطالبة، إذ قد صارت مستحيلة. ولا ينفي تمليك المتهم المال جريمة السرقة، ولكن يسقط الحد فقط، لأنه يقتصر على مجرد إزالة شرط الادعاء، وهو شرط يطلب بقاؤه ما استمرت الدعوى.

ويعادل تمليك المجني عليه المال للمتهم، إقراره بملكيته له في وقت سابق على ارتكاب السرقة، أو سابق على الادعاء بها. وهذا الإقرار يمحو الجريمة، لأنه يزيل ركنها المتمثل في ثبوت ملكية المجني عليه للمال المدعى بسرقته.

(ب) العفو عن حد القذف: يتعلق بالقذف حق الله تعالى وحق المجني عليه. وبناء على ذلك كان للعفو تأثيره على الحد.

ويرى فقهاء الحنفية جواز العفو قبل صدور الحكم، وعدم جوازه بعد ذلك. ويرون كذلك عدم جوازه قبل صدور الحكم إذا كان على مال، إذ يكون ذلك رشوة في حد، وهو ما لا يجوز.

ويذهب الشافعية إلى جواز العفو عن الحد قبل الحكم وبعده، وسندهم في ذلك أن حد القذف يغلب فيه حق العبد، أو هو في بعض آرائهم حق خالص للعبد. وأضافوا إلى ذلك أنه إذا كان العفو جائزاً في الجناية على النفس، أي في القصاص والدية، فهو من باب أولى جائز في الجناية على العرض.

٢٤- هل تسقط جريمة الحد بالتقادم؟

انقسم الفقه الإسلامي فيما يتعلق بالتقادم إلى مذهبين:

المذهب الأول: هو مذهب الأئمة مالك والشافعي وأحمد، وهم يرون أنه لا تسقط بالتقادم إلا جرائم التعزير وعقوبات التعزير. ويستندون في ذلك إلى أن لولي الأمر حق العفو عن جرائم التعزير وله الحق في العفو عن العقوبة التي يحكم بها في الجرائم، ويترتب على ذلك أن تسقط الجريمة أو العقوبة بمجرد العفو. فإذا كان حقه إسقاطها فوراً فإنه يكون من حقه أيضا أن يسقطها بعد مدة معينة إذا رأى في ذلك تحقيق مصلحة أو دفع ضرر. أما جرائم الحدود والقصاص والدية فليس لولي الأمر حق العفو عنها، كما أنها لا يوجد في قواعد

الشريعة ما يجيز سقوطها بمضي مدة معينة أي بالتقادم.

المذهب الثاني: هو مذهب الإمام أبي حنيفة، وهو يتفق مع المذهب الأول في جواز التقادم في جرائم وعقوبات التعزير. كما يتفق معه في عدم جواز التقادم في جرائم وعقوبات القصاص والدية وفي حد القذف. ولكنه يختلف مع المذهب الأول من حيث أنه يجيز التقادم في جرائم الحدود ما عدا القذف.

ولكن هذا المذهب يفرق – فيما يتعلق بسقوط الحد بالتقادم بين ما إذا كان دليل الإثبات في جريمة الحد هو شهادة الشهود أو الإقرار، فإذا كان الدليل هو شهادة الشهود سقطت عقوبة الحد بالتقادم، وإن كان الدليل هو الإقرار لم تسقط عقوبة الحد بالتقادم. وحجتهم في هذه التفرقة أن الشاهد إذا شهد الجريمة يكون مخيراً بين أن يؤدي الشهادة استجابة لقول الله تعالى «وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ»[٢١] وبين أن يمتنع عن ذلك لقول الرسول صلى الله عليه وسلم" "من ستر على أخيه المسلم ستر الله عليه في الآخرة" فإذا امتنع الشاهد عن الشهادة حتى مضى زمن معين فهذا ليل على أنه قد فضل التستر على الجرائم، فإذا شهد بعد هذه الفترة فإن ذلك يعتبر قرينة على أن ضغناً هو الذي دفعه إلى ذلك، ومن ثم لا تقبل هذه الشهادة المشكوك فيها. ويستند الحنفية في ذلك إلى قول عمر بن الخطاب "أيما قوم شهدوا على حد لم يشهدوا عنه حضرته فإنما شهدوا على ضغن ولا شهادة لهم". ولم ينكر أحد على عمر هذا القول فيصبح ذلك إجماعاً عليه. ويعني ذلك أن الشهادة المتأخرة تعتبر تهمة ولا شهادة لمتهم لما ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من قوله "لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين"[٢٢].

ويستثنى المذهب الحنفي من اشتراط عدم تقادم الجريمة لقبول الشهادة جريمة القذف لأن شكوى المجني عليه تعتبر شرطاً للنظر في الدعوى، ومن ثم لا يستطيع الشاهد أن يشهد قبل الشكوى. كما أن حد القذف حق للعبد أو حق العبد فيه واضح والتقادم في حقوق العباد لا يسقط الدعوى.

ويرى الحنفـية أن التقـادم كما يجـوز في الجـريمة فإنه يجـوز في العقوبة[٢٣].

---

[٢١] سورة الطلاق، الآية رقم ٢.

[٢٢] الظنين هو المتهم.

[٢٣] يخرج زفر على مذهب الحنفية حيث يرى عدم سقوط العقوبة في جميع الحدود.

ويرى مذهب الحنفية أن الحد لا يسقط إذا كان دليل الجريمة هو الإقرار. ويستثنى أبو حنيفة وأبو يوسف من هذه القاعدة حد الشرب إذ يسقط لديهما ولو كان دليل الجريمة هو الإقرار[٢٤].

وقد اختلف الفقهاء في تحديد مدة التقادم فرأى البعض أنها ستة أشهر ورأى البعض أنها شهر. أما أبو حنيفة فلم يحدد للتقادم مدة وإنما يترك تقديرها لولي الأمر[٢٥].

المبحث الثاني

جرائم القصاص

٢٥- تعريف:

القصاص عقوبة مقدرة شرعاً حقاً لله تعالى، وللعبد:

وجرائم القصاص هي الجرائم التي قرر الشارع الحكيم القصاص عقوبة لها. وهذه الجرائم هي جرائم الدم العمدية، أي جرائم الاعتداء على الحياة، والاعتداء على سلامة الجسم.

وأخص ما يميز القصاص أنه يفترض أن ينزل بالجاني من الأذى مثل ما أنزله بالمجني عليه: فإذا كانت الجريمة قتلاً قتل الجاني، وإذا كانت إيذاء بدنياً، أنزل بالجاني من الأذى مثل ما أنزله بالمجني عليه.

٢٦- النصوص الشرعية في شأن القصاص:

نص القرآن الكريم على القصاص في قوله تعالى «وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنفَ بِالأَنفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أنزَلَ اللّهُ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ»[٢٦] وقد أوجب الله تعالى في هذه الآية القصاص في الشريعة الإسلامية، وبين أنه كان مقرراً في التوراة، فكأنه يريد أن يقول إنها

---

[٢٤] شرح فتح القدير جـ ٤ ص ١٦٢.

[٢٥] الإمام محمد أبو زهرة ص ٧٨ وما بعدها؛ والأستاذ عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي جـ ١ سنة ١٩٥٧ ص ٧٨٠.

[٢٦] سورة المائدة، الآية ٤٥.

عقوبة قديمة وحديثة معاً، أي أنها عقوبة لازمة عن طبيعة التنظيم الاجتماعي، فلا يجوز أن يخلو من تقريرها مجتمع ما، قديم أو حديث. وأكد سبحانه التزام المجتمع الإسلامي بها في قوله «وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أنزَلَ اللّهُ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ».

وقال تعالى في تقرير القصاص «مَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُواْ اللّهَ»[٢٧]. وقال كذلك «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى»[٢٨]. وقال عز من قائل «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَاْ أُولِيْ الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ» [٢٩].

وقال سبحانه في تقرير حصانة الأنفس وحرمتها «وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللّهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ»[٣٠]، وقرر القصاص لولي المقتول، وألزمه ألا يجاوز حدود ما قرر له من قصاص، فقال تعالى «وَمَن قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً فَلاَ يُسْرِف فِّي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُوراً»[٣١].

وبين سبحانه جزاء القاتل في الآخرة، فقال «وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُّتَعَمِّداً فَجَزَآؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِداً فِيهَا وَغَضِبَ الله عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَاباً عَظِيماً»[٣٢].

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "من أصيب بدم أو خبل[٣٣] فهو بالخيار بين إحدى ثلاث، فإن أراد الرابعة فخذوا على يديه: أن يقتص، أو يعفو، أو يأخذ الدية". وقد بين الرسول في هذا الحديث أن للمجني عليه، أو وليه، أن يقتص، فقرر له الحق في القصاص، وجعل له بدلاً من ذلك أن يعفو أو يأخذ الدية، وقرر أن للقصاص حدوداً يجب الوقوف عليها، فقال أنه "إذا أراد الرابعة" أي غير الخيارات الثلاثة السابقة، أي أن يسرف في القتل، فلا يصرح له بذلك، بل إن على المسلمين أن يأخذوا على يده، أي أن يمنعوه بقوة السلطان.

٢٧- علة القصاص:

يثور التساؤل عن العلة التي من أجلها قرر الشارع الحكيم القصاص في

---

[١] سورة البقرة، الآية ١٩٤.
[٢] سورة البقرة، الآية ١٧٨.
[٣] سورة البقرة، الآية ١٧٩.
[٤] سورة الأنعام، الآية ١٥١.
[٥] سورة الإسراء، الآية ٣٣.
[٦] سورة النساء، الآية ٩٣.
[٧] الخبل هو الجراح.

جرائم الدم؟ وفي تعبير آخر: لماذا لم يجعلها من جرائم التعـــزير، يقـــرر لها ولي الأمـــر أو القاضي العقوبة التي يراها ملائمـــة؟

لقد قرر الله تعالى خطورة الاعتداء على الحياة، وعلى سلامة الجسم حين يقع عمداً، وجسامة الضرر الاجتماعي الذي يترتب على هذه الجرائم، والذي يتمثل من ناحية في هلاك عدد من أفراد المجتمع أو صيرورتهم مشوهين، مما يضعف من المجتمع ويقلل من قدرته على التقدم والازدهار؛ ويتمثل من ناحية ثانية في تفشي جرائم الأخذ بالثأر، مما يؤدي إلى اضطراب الأمن وشيوع الفوضى في المجتمع. وقد أوضح الله تعالى جسامة القتل العمدي، ومدى إضراره بالمجتمع كله، وجدارته بعقوبة شديدة، فقال سبحانه «مَن قَتَلَ نَفْساً بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعاً»[٣٤].

وقد شاء الله تعالى – بناء على ذلك – أن يتولى بنفسه تقرير القصاص، ذلك أنه إذا ترك تقرير العقاب لولي الأمر أو القاضي تعزيراً، فقد لا يقرر العقوبة الرادعة. ومن ناحية ثانية، يخشى إذا ترك الأمر للمجني عليه أو أهله أن يسرف في الانتقام إشباعاً لشهوة غشوم، فيكون من وراء ذلك الظلم، فشاء عدل الله تعالى أن يحصر في نطاق معلوم العقوبة على جرائم الدم العمدية، هو مثل قدر الأذى الذي أنزله الجاني بالمجني عليه. وقد أوضح سبحـــانه ذلك التمـــاثل في قوله «فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ»[٣٥]، وقوله «وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُواْ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ» [٣٦].

وثمة علة ثانية لتقرير القصاص في جرائم الدم العمدية، هي أن عقاب هذه الجرائم لا يجوز – في تقدير الشارع الحكيم – أن يختلف من زمان إلى آخر، أو من مكان إلى آخر، وبصفة خاصة فإنه لا يجوز أن يختلف باختلاف ظروف المجني

---

[٣٤] سورة المائدة الآية ٣٢. [٢] سورة البقرة الآية ١٩٤.

[٣] سورة النحل، الآية ١٢٦. وقد ذكر الإمام ابن تيمية بياناً لهذه العلة، فقال "أن أولياء المقتول تغلى قلوبهم بالغيظ حتى يؤثروا أن يقتلوا القاتل وأولياءه، وربما لا يرضون بقتل القاتل، بل يقتلون كثيراً من أصحاب القاتل، كسيد الطائفة ومقدم الطائفة، فيكون القاتل قد اعتدى في الابتداء وتعدى هؤلاء في الاستيفاء، كما كان يفعل أهل الجاهلية والخارجون عن الشريعة في هذه الأوقات من الأعراب والحاضرة وغيرهم. وقد يستعظمون قتل القاتل لكونه عظيماً أشرف من المقتول، فيقضي ذلك إلى أن أولياء المقتول يقتلون من قدروا عليه من أولياء القاتل، وربما حالف هؤلاء قوماً، واستعانوا بهم، وهؤلاء قوماً آخرين، فيفضي إلى الفتن والعداوات العظيمة، وسبب ذلك خروجهم على سنن العدل الذي هو القصاص، فكتب الله علينا القصاص، وهو المساواة العادلة".

عليه، وعلى الأخص مركزه الاجتماعي، فلا فرق في العقاب بين قتل أو إيذاء بدني يكون المجني عليه فيه من علية القوم وقتل أو إيذاء بدني يكون المجني عليه فيه متواضعاً في مركزه الاجتماعي، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك "المسلمون تتكافأ دماؤهم، ويسعى بذمتهم أدناهم". وبناء على ذلك، فإن هذه الجرائم ليست من الجرائم التي يختلف ضررها أو خطرها الاجتماعي، وفقاً لسياسة تشريعية معينة، ومن ثم تعين أن يكون عقابها محدداً، وفق قاعدة معينة لا يمسها تعديل.

ويلاحظ أن القصاص لا يختلف باختلاف ظروف الجاني، ما لم يثبت سقوط التكليف عنه، أو استفادته من سبب يمنع عنه العقاب.

٢٨- اجتماع حق الله تعالى وحق العبد في القصاص:

يتعلق بالقصاص حق الله تعالى، باعتبار الضرر الاجتماعي الخطير الذي أنزلته الجريمة بالمجتمع.

ويتعلق بالقصاص كذلك حق العبد، باعتبار أن الجريمة أهدرت حقاً له، إذ قد حرمته من حياته أو سلامة جسمه. وبالإضافة إلى ذلك، فقد ولدت في نفسه أو نفوس أهله إيلاماً يستحق من أجله إرضاء، كي لا تنصرف مشاعره إلى حقد على المجتمع، أو يشبع بنفسه إيلامه عن طريق الأخذ بالثأر من الجاني أو أهله.

٢٩- أهمية تعلق حق الله تعالى بالقصاص:

إن أهمية تعلق حق الله تعالى بالقصاص، أنه سبحانه استأثر بتقريره وتحديد مقداره على نحو آمر، ولم يترك ذلك لولي الأمر أو القاضي.

ويترتب على تعلق حق الله تعالى بالقصاص كذلك أنه إذا عفا المجني عليه أو ولي دمه عن حقه في القصاص، سواء دون مقابل أو بمقابل، كان لولي الأمر مع ذلك أن ينزل العقوبة بالجاني تعزيراً. وسند التعزير، على الرغم من العفو، هو أن العفو لم ينل حق الله تعالى في العقاب، وبناء على ذلك تحل عقوبة التعزير محل عقوبة القصاص، ومؤدى ذلك أن "العفو يسقط العقاب قصاصاً، ولكن لا يسقط العقاب إطلاقاً"[٣٧].

---

[٣٧] الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة، رقم ١٠٣ ص ٩٤.

٣٠- أهمية تعلق حق العبد بالقصاص:

إن أهمية تعلق حق العبد بالقصاص، أن إقامة دعوى القصاص لا يكون إلا بناء على مطالبة المجني عليه. وبغير المطالبة لا يوقع القصاص، وإن جاز أو تعين أن توقع عقوبة تعزيزية حماية لحق المجتمع، ورعاية لحق الله تعالى.

ويترتب على ذلك أيضاً أن للمجني عليه حق العفو عن الجاني في أية مرحلة كان عليها الإدعاء، ولو بعد النطق بالقصاص، وحتى تمام تنفيذه.

ويترتب على تعلق حق العبد بالقصاص كذلك أن الأصل أن للمجني عليه تنفيذ القصاص بنفسه، فولي دم المقتول يقتل قاتله بناء على الحكم بالقصاص. ويقتص من أصابه الأذى البدني ممن أنزل به هذا الأذى. ولكن يرد على هذا الحق قيد: فإذا خشي ولي الأمر أو القاضي حيف الجاني حين ينفذ القصاص، أو خشي بصفة عامة ألا يتبع في تنفيذه القواعد التي وضعها له الشارع فيها، كان لولي الأمر أو القاضي أن يندب شخصاً يحل محل المجني عليه أو وليه، ويتولى التنفيذ وفقاً للقواعد الشرعية.

٣١- دور العفو في توقيع القصاص:

أوضح الله تعالى دور العفو في القصاص في قوله «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأُنثَى بِالأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاء إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَاْ أُولِيْ الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ»(٣٨).

هذه الآية الكريمة أشارت إلى العفو في جميع جرائم القصاص ورغبت فيه، ووصف الله تعالى المجني عليه – إذا عفي عن الجاني – بأنه "أخ" له. ويعني ذلك أن العفو يزيل العداء بين الجاني والمجني عليه ويجعل منهما أخوين، وأمر سبحانه "الجاني" بأن يتبع حصوله على العفو بالمعروف، وأن يؤدي إليه "بإحسان" المقابل الذي اشترط أن يكون نظير العفو(٣٩).

---

(٣٨) سورة البقرة، الآيتان ١٧٨، ١٧٩.

(٣٩) قد يكون في مجرد تمكين المجني عليه من القصاص، ما يشعره بعزته ونصرة الشريعة له فيحمله ذلك على مراجعة نفسه، فيجعله ذلك من الوجهة النفسية أميل إلى العفو. ويبرز هذا المعنى ما رواه أنس بن مالك أن "عمته الربيع لطمت =

ووصف الله تعالى العفو بأنه "تخفيف ورحمة" من الله، وتفسير ذلك أنه تخفيف عن الجاني بإسقاط القصاص عنه؛ وهو كذلك تخفيف عن المجتمع ورحمة به، لأنه يعيد صلات المودة بين الجاني وأهله من ناحية، وبين المجني عليه وأهله من ناحية ثانية؛ في حين أن تنفيذ القصاص يغلب أن يخلف آثاراً سيئة في النفوس.

وقد حبب رسول الله صلى الله عليه وسلم العفو إلى أولياء الدم، فقال "ما زاد عبد بعفو إلا عزاً". وقال أنس بن مالك "ما رفع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر فيه قصاص إلا طلب فيه العفو".

وقد قرر الله تعالى الطابع الإلزامي والنهائي للعفو، فقال سبحانه «فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ»، أي أن من عفا عمن ارتكب الجريمة المستوجبة القصاص سواء كان العفو بدون مقابل أو كان بمقابل، ثم اقتص كان ذلك "اعتداء" من جانبه، ثم توعده "بالعذاب الأليم"، وهو عذاب في الدنيا، أي أنه يعاقب؛ وهو كذلك عذاب في الآخرة.

٣٢- هل يجوز لولي الأمر أن يضع قاعدة عامة مؤداها أنه وحده، وعن طريق عماله هو الذي يوقع القصاص:

الأصل – على ما تقدم – أن ولي الدم هو الذي ينزل القصاص بالجاني، فيسلم إليه – بناء على حكم القاضي – لكي يتولى تحت إشراف ولي الأمر إنزال القصاص به. وأضفنا إلى ذلك أنه إذا خشي ولي الأمر حيف ولي الدم في تنفيذ القصاص، أو عدم قدرته على حسن تنفيذه، وفقاً لقواعد التنفيذ الشرعية، كان له أن يتولى بنفسه أو عن طريق عماله تنفيذ القصاص بدلاً من ولي الدم.

والسؤال الذي نضعه فيما يلي هو مدى جواز أن يقرر ولي الأمر – كقاعدة عامة – أن يتولى عن طريق عماله تنفيذ القصاص في جميع الحالات التي يقضى به فيها؟ إن مثار هذا التساؤل هو تنوع الأساليب التي يتصور أن

= جارية، فكسرت ثنيتها، فطلب إلى أهلها العفو فأبوا، والأرش فأبوا كذلك، وأصروا على القصاص، فاختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأمر بالقصاص، فقال أهل الربيع: أتكسر ثنية الربيع؟ والذي بعثك بالحق لا تكسر ثنيتها، فقال الرسول مصمماً على القصاص "يا أنس كتاب الله القصاص" فرضي أهل المجني عليها، وعفوا، فقال عليه الصلاة والسلام معلقاً على ذلك "إن من عباد الله تعالى من إن أقسم على الله لأبره"، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للعلامة فخر الدين الزيلعي الحنفي جـ ٦، ص ١٠٢.

والذي يستخلص من هذه القضية أن أهل المجني عليها رفضوا العفو ابتداء، ولكن لما شعروا أن الرسول يساندهم في مطالبتهم بالقصاص، سارعوا إلى العفو طواعية.

ينفذ بها القصاص، وخاصة في الجراح، وأن الخشية من الحيف أصبحت في الوقت الحاضر هي الغالبة، وأن المساواة بين الجناة تقتضي اتحاد أسلوب التنفيذ وقواعده حين تكون الجريمة واحدة، بالإضافة إلى أن القواعد العامة في التنفيذ تقتضي أن تستأثر الدولة بتنفيذه، وذلك أدنى إلى الطابع العام للعقوبة، وأدعى إلى تفادي ادعاءات بأن المجني عليه أو أولياءه قد أساءوا التنفيذ وما قد يرتبط بذلك من مطالبة بمساءلته عن ذلك، أو محاولات للانتقام منه.

ولا نرى في أصول الشريعة الإسلامية وقواعدها ما يحول دون إقرار قاعدة عامة بأن تتولى الدولة – عن طريق عمالها – تنفيذ عقوبة القصاص بعد الحكم بها.

٣٣- القصاص صورة ومعنى والقصاص معنى:

القصاص الذي فصلنا فيما تقدم أحكامه هو القصاص صورة ومعنى، وهو يفترض أن ينزل بالجاني من الأذى البدني مثل ما أنزله بالمجني عليه، فيقتل إن كانت جريمته قتلاً عمدياً، أو ينزل به من الجراح مثل ما أنزله بالمجني عليه.

أما القصاص معنى، فيفترض أن شروط إنزال القصاص لم تتوافر، فيحل محله إلزام الجاني بأداء مال إلى المجني عليه، وفق قواعد معينة ويسمى هذا المال بالدية. وبناء على ذلك، فإن الدية هي القصاص معنى فقط: هي قصاص لأنها مقابل أذى بدني، ولكنها ليست قصاصاً صورة لأنها لا تماثله، وإذا قيل إنها تساويه، فهي مساواة مجازية.

المبحث الثالث

جرائم الديـــــة

٣٤- تعريف الدية:

الدية هي مال يؤديه الجاني أو عائلته أو بيت المال إلى المجني عليه أو أوليائه.

وجرائم الدية هي كل جريمة أوجب الشارع الدية عقوبة لها. والدية عقوبة مالية، بل إنها تجمع بين العقوبة والتعويض، ولذلك لا يحق للمجني عليه الذي حصل على الدية أن يطالب بتعويض يضاف إليها.

والدية عقوبة مقدرة، قدرها الشارع، ولم يجعل تقديرها معتمداً على مقدار الضرر، وهي لا تختلف – في الأصل – باختلاف ظرف المجني عليه، إذ يتساوى الناس من حيث مقدار الحماية التي تكفلها لهم الشريعة الإسلامية.

٣٥- النصوص الشرعية في شأن الدية:

أهم هذه النصوص هي قول الله تعالى «وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِناً إِلاَّ خَطَئاً وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَئاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلاَّ أَن يَصَّدَّقُواْ»(٤٠).

وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم "ألا إن في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل".

وقد جعل الله تعالى للقتل الخطأ جزاءين: تحرير رقبة مؤمنة، والدية. وتحرير الرقبة المؤمنة كفارة. وهذه الكفارة هي تعويض للمجتمع الإسلامي عن فقده أحد أعضائه، فكأن تحرير الرقيق المؤمن هو إضافة فرد جديد إلى المجتمع الإسلامي، باعتبار أن المؤمن الحر أجدى للمجتمع من المؤمن الرقيق.

وتبرز الكفارة – على هذا النحو – الطابع الاجتماعي لجريمة القتل الخطأ، وما يترتب عليها من ضرر اجتماعي، يستوجب التعويض الاجتماعي عنه(٤١).

٣٦- مجال الدية:

المجال الأساسي للدية، هو جرائم الدم غير العمدية، فيدخل في ذلك القتل الخطأ والجرح الخطأ (أي الإصابة الخطأ)، ويدخل في هذا المجال كذلك القتل شبه العمد (أي الجرح أو الضرب المفضي إلى الموت)، ذلك أنه لم يتوافر العمد بثبوت اتجاه الإرادة إلى إحداث الوفاة، وإنما اقتصر اتجاهها إلى إحداث الجرح، ثم كان حدوث الوفاة ثمرة نوع من الخطأ، تمثل في عدم بذل الاحتياط لوقوف آثار الفعل عند النتائج التي اتجه القصد إليها، ومن ثم تعين في تحديد عقوبتها تغليب جانب الخطأ، إذ لم يتوافر العمد المتجه إلى النتيجة، ومقتضى ذلك استبعاد القصاص فيها وإحلال الدية محله.

---

(٤٠) سورة النساء، الآية ٩٢.

(٤١) الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة، ص ٩٩.

وقد أشارت الآية والحديث السابقان إلى هذا المجال.

ولكن للدية مجالات أخرى، نشير إليها فيما يلي:

٣٧- جرائم الدم العمدية إذا انتفى أحد شروط إنزال القصاص:

تدخل في مجال الدية جرائم القتل والجرح العمدية، وهي في الأصل تستوجب القصاص، إذا انتفى أحد شروط القصاص، إذ يمتنع توقيعه وتحل الدية محله.

وأهم حالات انتفاء شروط القصاص أن يعفو المجني عليه عن الجاني نظير مال يسلمه إليه، إذ يعتبر هذا المال دية تحل محل القصاص.

ومن هذه الحالات كذلك أن تستحيل المماثلة بين أذى الجريمة والقصاص، أو يخشى أن تترتب على المماثلة إذا كانت ممكنة تلف نفس الجاني. فمثال استحالة المماثلة أن تحدث الجريمة شللاً في يد المجني عليه، إذ يستحيل إحداث شلل من ذات القدر في يد الجاني، قصاصاً.

ومثال خشية أن يؤدي القصاص إلى تلف نفس الجاني أن يترتب على جريمة كسر ضلع في صدر المجني عليه، إذ يترتب على القصاص في هذه الحالة موت الجاني، وهو ما لا يجوز، إذ لا يجوز أن يتخذ القصاص صورة القتل إذا كانت الجريمة جناية على ما دون النفس.

وفي عديد من الحالات لا يتاح تحقيق المماثلة بين الجرح والقصاص، فيكون مؤدى ذلك أن يتحول القصاص إلى الدية، وتعبيراً عن هذه الحقيقة جرى في الفقه القول بأن "الاعتداء على الأطراف عمده كخطئه في كثير من الأحوال"[٤٢].

٣٨- ما جرى مجرى الخطأ:

إذا صدرت الجناية على النفس أو الأطراف من شخص غير أهل للتكليف، كما لو كان صغيراً أو مجنوناً أو سقط عنه العقاب لسبب شرعي (أي توافر لمصلحته مانع من العقاب)، فإن القصاص لا يجب عليه، وإنما تحل الدية محله، وتجب الدية في ماله، فإذا لم يكن له مال وجبت على عصبته، فإذا لم يكن لهم مال وجبت الدية على بيت المال. وتسمى الجريمة في هذه الحالة بأنها "تجرى مجرى الخطأ".

---

[٤٢] الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة، ص ١٠١.

٣٩- اجتماع حق الله تعالى وحق العبد في الدية:

يتعلق بالدية حق الله تعالى، لأن الجريمة التي استوجبتها قد أنزلت بالمجتمع ضرراً تمثل في فقده أحد أفراده أو صيرورة المجني عليه غير قادر على الإسهام المعتاد في تقدمه وازدهاره. ويتضح الطابع الاجتماعي للجريمة المستوجبة الدية في تقرير الشارع لها الكفارة إلى جانب الدية، ثم في كونها مقدرة على وجه تعبر فيه عن مقدار الضرر الاجتماعي، ولا يتغير مقدارها بمقدار الضرر الواقعي الذي أصاب المجني عليه أو أهله؛ وكون هذا المقدار ملزماً للجاني والمجني عليه معاً.

ويتعلق بالدية حق العبد، لأنها قررت جبراً لضرر أصابه وشفاء لنفسه، فهي بمثابة تعويض عن ضرر أدبي نزل به.

ويترتب على تعلق الدية بحق العبد أنها لا تجب إلا بالمطالبة؛ وأنه يجوز العفو عنها في أية حالة كان عليها الإدعاء؛ وأن حصيلتها تؤول إلى المجني عليه أو إلى ولي دمه.

٤٠- إضافة التعزير إلى الدية:

إذا كانت الجريمة عمدية، مما يجب فيه القصاص بحسب الأصل، ولكن امتنع لسبب يقتضي ذلك، كما لو استحالت المماثلة أو خشي أن يترتب على القصاص فيما دون النفس هلاك الجاني، فإنه يترتب على ذلك حلول الدية محل القصاص. وهذه النتيجة تبدو غير متسقة مع الردع الاجتماعي الذي يجب أن يواجه به الجاني، ذلك أنه ارتكب جريمة تستوجب – من حيث خطرها الاجتماعي – القصاص، وإذا كان قد أعفي منه، فذلك لسبب لا فضل له فيه، بالإضافة إلى أن سبب الإعفاء لا يقلل على الإطلاق من الخطورة الاجتماعية لجريمته.

ولذلك تبدو الدية غير كافية لمواجهة خطورة الجاني وخطورة جريمته. ولذلك قدر الفقهاء جواز أن تضاف إلى الدية عقوبة تعزيرية، بحيث نستطيع في النهاية القول بأن الدية والتعزير معاً يعادلان – من حيث الشدة – القصاص.

والأصل في تقرير التعزير – إضافة إلى الدية – أن يكون ذلك من سلطة القاضي – وأن يكون من سلطته كذلك تحديد مقدار العقوبة التعزيرية التي تضاف إلى الدية.

ولكننا نرى أن من الملائم في المجتمع الإسلامي الحديث، حرصاً على خضوع العقوبة لمبدأ الشرعية، وعملاً على توحيد الحلول القضائية، وتحقيقاً

http://www.rafatosman.com/

لمبدأ المساواة بين المواطنين أمام القانون، أن يصدر تشريع يحدد ضوابط العقوبة التعزيرية التي تضاف إلى الدية[٤٣].

المبحث الرابع

جرائم التعزيـــر

٤١ – تعريف:

التعزير – في اصطلاح الفقهاء – هو "تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود"[٤٤].

ونرى تعريف التعزير بأنه "العقوبة التي يقررها ولي الأمر أو القاضي من أجل معصية لم يرد في شأنها حد أو قصاص أو دية".

وجرائم التعزير هي "المعاصي التي قرر التعزير جزاء لها".

ويتضح من هذا التعـــريف أن التعزير عقوبة لم تحددهـــا النصوص الشرعية، على نحو ما قررت الحدود والقصاص والدية، وأن جرائم التعزير هي جرائم لم يقرر لها الشارع حداً أو قصاصاً أو دية. وإنما يعاقب عليها بعقوبة يقدرها القاضي أو يحددها ولي الأمر تحديداً مجرداً.

ولتحديد جريمة التعزير وعقوبتها أحد سبيلين:

إما أن يحددها القاضي، وهو يفعل ذلك إذا تبين له أن الفعل المسند إلى المتهم يعتبر "معصية" شرعاً، فيحدد له العقوبة التي يقدر ملاءمتها له ولظروف المتهم، ويتخير القاضي هذه العقوبة – وفقاً لضوابط شرعية – من بين قائمة من

---

[٤٣] الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة، ص ١٠١. ويرى فضيلته أن في إضافة التعزير إلى الدية ما يعتبر العقوبتين قصاصاً صورة ومعنى، "إذ أن المجرم في هذه الحال ينتهي أمره إلى أنه نزل به من الآلام ما يقارب ما أنزلـــه بغيره". ويرى أن ذلك هو التفسير الصحيح لقول الله تعالى "وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن، والسن بالسن والجروح قصاص". فهذه الآية جعلت القصاص عقوبة عامة لكل الجنايات العمدية على النفس والأطراف، فإذا دفعت الدية على بعض هذه الجنايات فإن في إضافة التعزير إليها، ما يجعل لهما حكم القصاص، ص ١٠٢ .

[٤٤] الأستاذ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي الجزء الأول سنة ١٩٥٩، رقم ٤٧٧ صفحة ٦٨٥.

العقوبات تقرها الشريعة. وفي هذا السبيل، لا يكون محل لتطبيق مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص".

وإما أن يحددها ولي الأمر في نصوص عامة مجردة، بحيث يبين في كل نص الجريمة التي يعاقب عليها، ويحدد أركانها، ويبين عقوبتها. وينشأ بذلك "قانون عقــوبات إسلامي"، يلتزم به القاضي. ويعني ذلك إعمال مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص"، على نحو ما تقرره التشريعات المعاصرة. ويفترض الطابع الإسلامي لهذا القانون أن تتوافر في الفعل الذي يجريه الضوابط التي تجعل منها "معصية" في تقدير الشريعة، وأن تتوافر في العقوبة الشروط التي تجعل منها عقوبة شرعية.

وتتصور مذاهب وسطى بين هذين المذهبين: فقد يفرغ القانون نصوص التجريم في عبارات واسعة تسمح للقاضي بسلطة تفسير متسعة، تتيح له أن يستخلص أركان كل جريمة. وقد يضع القانون نصوص تجريم متضمنة تحديداً دقيقاً لأركان الجريمة، على نحو ما تتضمنه التشريعات المعاصرة، ولكنه في ذات الوقت يسمح للقاضي بالقياس عليها.

ونعتقد أن هذه المذاهب جميعاً لا تتعارض مع أصول الشريعة الإسلامية، لأنه إذا كان يجوز الاعتراف للقاضي – بشروط معينة – بسلطة التجريم والعقاب، فإنه يجوز من باب أولى لولي الأمر أن يورد على سلطة القاضي القيود التي يرى أن مصلحة المجتمع تقتضيها. وهذه المرونة تذكر للشريعة الإسلامية، إذ تتيح للشارع الوضعي في المجتمع الإسلامي أن يقرر السياسة التشريعية التي يرى ملاءمتها لمجتمعه.

٤٢ – علة التعزير:

التساؤل عن علة التعزير يعني وضع التساؤل التالي ومحاولة الإجابة عليه: لماذا لم تجعل الشريعة الإسلامية كل الجرائم والعقوبات حدوداً، بحيث تبين النصوص الشرعية – على وجه الحصر والتحديد – الأفعال التي تعد جرائم، وتحدد لها – في صورة محددة – العقوبات المقررة لكل منها؟ وهو ما تفعله التشريعات المعاصرة.

إن الإجابة على هذا التساؤل أجملها الفقهاء في قولهم "إن النصوص تتناهــى

ولكن مصالح العباد لا تتناهى"[٤٥]. فمهما حصرت النصوص الأفعال التي تعد جرائم، فإن التطور الذي يطرأ على المجتمع يكشف عن أفعال أخرى لم تجرمها هذه النصوص، فلو كان بيان الجرائم على سبيل الحصر لاستحال العقاب على هذه الأفعال على الرغم من إضرارها بالمجتمع.

وللتوفيق بين الاعتبارات المختلفة، فقد جرمت النصوص الشرعية الأفعال التي لا يثور خلاف حول وجوب تجريمها، والتي يتعين تجريمها في جميع العصور والأماكن، وقررت لها عقوباتها، وهذه هي الحدود والقصاص والدية، وما عــدا هذه الأفعال تركت تجريمه وتحديد عقابه لولي الأمر في كل مجتمع إسلامي يقرره في ضوء ظروف مجتمعه.

ولكن الشريعة لم تطلق يد ولي الأمر في التجريم والعقاب، وإنما وضعت له ضوابط يلتزم بها، سواء فيما يعتبره جريمة تعزيرية، وما يقرره لها من عقوبات تعزيرية. وهذه الضوابط إلزامية، كي لا ينحرف عن روح الشريعة ومبادئها الأساسية، ولا يتخذ من سلطته في التعزيز سبيلاً إلى الاستبداد والظلم. وإذا خرج ولي الأمر على هذه الضوابط، فقد افتقرت نصوصه إلى السند الشرعي، ولم يعد جائزاً نسبتها إلى النظام الشرعي الإسلامي.

٤٣ – الفرق بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الجنائية الوضعية المعاصرة:

يتضح هذا الفرق في أن هذه التشريعات تنتهج أسلوب البيان الحصري للجرائم والعقوبات، وذلك خلافاً للسياسة الشرعية التي سبق بيانها.

وتفسير هذا الفارق أن الشريعة الإسلامية موجهة إلى كل المجتمعات الإسلامية على اختلاف عصورها وأماكنها، وبالإضافة إلى ذلك، فإن تعديل نصوصها غير

---

[٤٥] وقد أوضح الإمام ابن تيمية الفكرة الأساسية في جرائم التعزير، فقال "المعاصي التي ليس فيها حد مقدر ولا كفارة، كالذي يقبل المرأة الأجنبية، أو يباشر بلا جماع ، أو يأكل ما لا يحل كالدم والميتة، أو يقذف في الناس بغير الزنى، أو يسرق من غير حرز أو شيئاً يسيراً، أو يخون أمانته، كولاة أموال بيت المال، أو الوقوف، ومال اليتيم، ونحو ذلك إذا خانوا، أو يغش في معاملته، كالذين يغشون في الأطعمة والثياب ونحو ذلك، أو يطفف الكيل والميزان، أو يشهد الزور أو يلفق شهادة الزور، أو يرتشي في حكمه، أو يحكم بغير ما أنزل الله، أو يعتدي على رعيته، أو يتعزى بعزاء الجاهلين أو يلبي داعي الجاهلية إلى غير ذلك من أنواع المحرمات، هؤلاء يعاقبون تعزيراً وتنكيلاً وتأديباً بقدر ما يراه الوالي، على حسب كثرة ذلك الذنب في الناس وقلته، فإذا كان كثيراً زاد في العقوبة بخلاف ما إذا كان قليلاً، وعلى حسب حال المذنب، فإذا كان من المدمنين على الفجور زيدت عقوبته بخلاف أقل من ذلك، وعلى حسب كثرة الذنب وصغره، فيعاقب من يتعرض لنساء الناس وأولادهم بما لا يعاقب به من لم يتعرض إلا لامرأة واحدة". السياسة الشرعية، ص ١٢٠. ومجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، صفحة ٣٤٣.

متصور. وبناء على ذلك، فقد اقتصرت هذه النصوص على ما يتعين تجريمه في جميع العصور والأماكن، وتركت ما عدا ذلك لكل مجتمع على حدة.

وعلى خلاف ذلك، فإن كل تشريع وضعي يصدر ليطبق في مجتمع معين له ظروفه المعروفة لمشرعه، ومن ثم يسهل وضع التشريع الملائم له من حيث ظروفه؛ وبالإضافة إلى ذلك، فإن من الميسور دائماً تعديل التشريع الوضعي ليلائم أي تغير يطرأ على ظروف المجتمع.

ومجمل القول في تأصيل الفروق بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الوضعية، أن الشريعة أبدية وعالمية، فقد صدرت لتطبق في كل زمان ومكان، ومن ثم تعين أن يكون فيها ذلك الجزء الدائم والعام الذي يتعين تطبيقه في كل مجتمع إسلامي، لأنه يمثل جانباً متصلاً بالأصول الأولى للحضارة الإسلامية، ومن ثم لا يتصور أن يتخلى عنه أي مجتمع إسلامي، وإلى جانب ذلك، يوجد ذلك الجزء الذي ليست له الأهمية السابقة، ومن ثم جاز أن يختلف ما بين مجتمع إسلامي له ظروف زمنية ومكانية معينة ومجتمع آخر ذي ظروف مختلفة. وعلى خلاف ذلك، فإن كل تشريع وضعي يرتبط تطبيقه بحدود زمنية ومكانية معينة، ويراعى في وضعه ارتباطه بظروف مجتمع معين، ومن ثم كان متصوراً أن يختلف في بعض نصوصه ما بين مجتمع وآخر.

٤٤ – الفرق بين التعزير والحد:

أهم الفروق بين التعزير والحد أن التعزير غير مقرر بنص شرعي من الكتاب أو السنة، في حين أن الحد مقرر بنص، ويحدد هذا النص جنسه وقدره تحديداً إلزامياً لولي الأمر والقاضي على السواء. ويعني ذلك أن التعزير عقوبة غير مقدرة في حين أن الحد عقوبة مقدرة.

وللقاضي سلطات واسعة بالنسبة للتعزير: فمن الجائز شرعاً أن يخول القاضي – في نطاق معين – سلطة تحديد الفعل الذي يستوجب التعزير وسلطة تحديد عقوبته التعزيرية. ومن الجائز إذا نص قانون العقوبات الإسلامي على الجرائم التعزيرية أن يخول القاضي سلطة القياس عليها. وإذا لم يخول القاضي سلطة القياس جاز أن يخول السلطة التقديرية في تحديد العقوبة على نحو ما تقرره السياسة التشريعية المعاصرة. فتوضع العقوبة بين حد أدنى وحد أقصى يتصرف القاضي فيما بينهما، ومن الجائز تقرير ظروف مخففة أو مشددة لها، ومن الجائز تخويل القاضي سلطة إيقاف تنفيذها.

أما الحد، فهو على الخلاف من ذلك عقوبة معينة جنساً ونوعاً، ومحددة مقداراً، على نحو لا يستطيع القاضي التصرف فيه: فإذا ثبت ارتكاب المتهم الفعل المستوجب للحد، وكان المتهم أهلاً للتكليف، ولم تتوافر شبهة مانعة من الحد، تعين على القاضي أن ينطق به، فليس له أن يستبدل به عقوبة سواه، وليس له أن يشدد أو يخفف من مقداره، وليس له أن يوقف تنفيذه.

ويفرق بين التعزيز والحدود، أن لولي الأمر سلطة العفو عن العقوبة التعزيرية، في حين أنه ليست له سلطة العفو عن الحد.

وللمجني عليه سلطة العفو عن الحدود التي يجتمع فيه حقا الله تعالى والعبد، وذلك وفقاً للقواعد التي سلف تفصيلها. ولكن ليس للمجني عليه العفو عن الجرائم التعزيرية، إذ العقاب عليها مقرر للمصلحة العامة.

وإذا كان حق الله تعالى متعلقاً دائماً بالحد، سواء كان حق الله تعالى خالصاً فيه أو قام إلى جانبه حق العبد، فإن حق الله تعالى متعلق بالعقوبة التعزيرية، باعتبار أن ولي الأمر لا يقدرها، إلا إذا اقتضت مصلحة المجتمع ذلك[٤٦].

---

[٤٦] أصل الإمام القرافي الفروق بين الحدود والتعازير فردها إلى عشرة: (الأول) أن التعازير غير مقدرة واختلفوا في تحديد أكثره واتفقوا على عدم تحديد أقله، ففي رأى، هو غير محدود بل بحسب الجناية والجاني والمجني عليه، وقال أبو حنيفة لا يجاوز به أقل الحدود وهو أربعون حداً وبالنسبة للعبد بل ينقص منه سوط. (والثاني) أن الحدود واجبة النفوذ والإقامة على الأئمة واختلف في التعزير، وقال مالك وأبوحنيفة إن كان لحق الله تعالى وجب كالمحدود إلا أن يغلب على ظن الإمام أن غير الضرب مصلحة من الملامة والكلام، وقال الشافعي هو غير واجب على الإمام إن شاء أقامه وإن شاء تركه. (والثالث) أن التعزير على وفق الأصل من جهة اختلافه باختلاف الجنايات وهو الأصل بدليل الزنا فإنه وحد القذف ثمانون والسرقة القطع والحرابة القتل، وقد خولفت القاعدة في الحدود دون التعازير فسوى الشارع بين سرقة دينار وسرقة ألف دينار وشارب قطرة من الخمر وشارب جرة في الحد مع اختلاف مفاسدها. (والرابع) أن التعزير تأديب يتبع المفاسد وقد لا يصحبها العصيان في كثير من الصور كتأديب الصبيان والمجانين استصلاحاً لهم مع عدم المعصية. أما الحدود فلم توجد في الشرع إلا في معصية. (والخامس) أن التعزير قد يسقط، أما الحدود فلا تسقط، (والسادس) أن التعزير يسقط بالتوبة، والحدود لا تسقط بالتوبة إلا الحرابة لقوله تعالى "إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم". (والسابع) أن التخيير يدخل في التعازير مطلقاً، ولا يدخل في الحدود إلا في الحرابة في ثلاثة أنواع فقط. (والثامن) أن التعزير يختلف باختلاف الفاعل والمفعول معه والجناية، والحدود لا تختلف باختلاف فاعلها. (والتاسع) أن التعزير يختلف باختلاف الأعصار والأمصار في حين لا يختلف الحد بينها. (والعاشر) أن التعزير يتنوع بحق الله تعالى الصرف كالجناية على الصحابة أو الكتاب العزيز وإلى حق العبد الصرف كشتم زيد ونحوه، والحدود لا يتنوع منها حد بل الكل حق لله تعالى إلا القذف على خلاف فيه: الفروق، للإمام شهاب الدين القرافي، جـ ٤ ص ١٧٧.

٤٥ – الضابط في التعزير:

قدمنا أن ولي الأمر والقاضي لا يتمتعان بسلطة مطلقة في مجال التعزير، إذ لو أطلقت هذه السلطة لقام الاحتمال بسوء استعمالها، وخشي أن تكون باباً للعسف والاستبداد، الأمر الذي لا يتفق مع مقاصد الشريعة.

والقيود التي ترد على سلطة التعزير ذات شقين: قيود تتعلق بالفعل الذي يستوجب التعزير؛ وقيود تتصل بتحديد ما يصلح أن يكون عقوبة تعزيرية.

٤٦ – الفعل الذي يستوجب التعزير:

يشترط في الفعل الذي يستوجب التعزير، أي تقوم به "الجريمة التعزيرية" أن يتوافر فيه شرطان: أن يكون "معصية"، وأن يكون صالحاً للإثبات قضاء.

(أ) اشتراط أن يكون الفعل معصية: يشترط أن يكون الفعل الذي توقع من أجله العقوبة التعزيرية "معصية"، لأنه إذا لم يكن كذلك لكان مجالاً مباحاً للأفراد، يحق لهم إتيانه دون أن يحاسبوا على ذلك.

ويراد بالمعصية "عصيان أوامر الله تعالى ونواهيه". وهذه الأوامر والنواهي قد ترد في نص شرعي من الكتاب أو السنة، وقد تستخلص من روح الشريعة ومبادئها العامة.

والمعصية قد تتمثل في فعل إيجابي، فتكون إخلالاً بنهي، مثال ذلك التزوير والرشوة وخيانة الأمانة؛ وقد تتمثل في امتناع فتكون إخلالاً بأمر، كعدم الوفاء بالدين، أو عدم أداء الزكاة الواجبة شرعاً.

وقد تكون المعصية عدواناً على حق لفرد، كعدم أداء الدين؛ وقد تكون عدواناً على حق الله تعالى، كترك الصلاة؛ وقد يجتمع فيها الاعتداء على الحقين، كالرشوة.

وقد تكون المعصية من جنس الفعل الذي يستوجب الحد أو القصاص ولكن لم تستوف شروط توقيعه، كما لو وجدت "شبهة" تحول دون توقيع الحد، أو كان المال المسروق دون النصاب، أو لم يكن في حرز مثله، أو عفا ولي الدم في القتل عن الجاني. وقد تقوم المعصية بفعل مختلف عن الأفعال التي تستوجب الحد أو القصاص، كالتزوير أو الرشوة.

http://www.rafatosman.com/

وقد يرتكب المعصية موظف عام كالرشوة أو ظلم القاضي في قضائه، أو قبض رجل السلطة العامة على شخص دون حق، وقد يرتكبها فرد عادي كخيانة الأمانة أو ترك الصلاة أو الزكاة أو سرقة مال دون النصاب أو من غير الحرز أو السب.

(ب) اشتراط أن يكون الفعل صالحاً للإثبات قضاء: يشترط أن يكون الفعل الذي تقوم به الجريمة التعزيرية صالحاً لأن يقوم الدليل على ارتكابه وما أحاط به من ظروف وملابسات أمام القاضي، بحيث يستطيع أن يحصل اقتناعاً يطمئن إليه ضميره بتحقق ماديات الجريمة. ويتعين أن يكون ذلك ممكناً بأسلوب لا تنتهك به الحرمات أو يعتدى فيه على حقوق الإنسان أو تمتهن فيه الكرامة البشرية للمتهم؛ ذلك أن الشريعة في روحها ومبادئها تحرص على صيانة الحقوق السابقة، ولا تقبل أن يكون انتهاكها أسلوباً لعمل القضاء.

ويقتضي ذلك أمرين:

الأول: ألا يكون سبيل الكشف عن الجريمة هو التجسس على الحياة الخاصة للأفراد، ذلك أن التجسس منهي عنه في قول الله تعالى «وَلا تَجَسَّسُوا وَلا يَغْتَب بَّعْضُكُم بَعْضاً».

والثاني: أن يكون الدليل الذي يعتمد عليه القاضي في الإدانة دليلاً قطعياً جازماً. وبناء على ذلك، لا يجوز الاعتماد على محض شبهات أو دلائل، أو مجرد ظنون، فقد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الاحتكام إلى الظنون وما يتفرع عنها من شبهات، فقال "إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث ولا تجسسوا، ولا يغتب بعضكم بعضاً، وكونوا عباد الله إخواناً".

٤٧- ضابط العقوبة التعزيرية:

توسع الشارع في تحديد العقوبات التعزيرية، فأجاز عدداً كبيراً منها، فيجوز أن يكون الإعدام والحبس والجلد والغرامة والنفي عقوبات تعزيرية(٤٧). وعلة هذا التوسع هو تنوع الجرائم التعزيرية واختلافها في جسامتها، ومن ثم يتعين أن تتعدد العقوبات، حتى يمكن أن ينتقي لكل جريمة العقوبة الملائمة لها عدالة. وبناء على ذلك، فإنه إذا وضع ولي الأمر قائمة بالجرائم التعزيرية، كان له أن يقرر في شأنها

---

(٤٧) سند جواز اعتبار الإعدام عقوبة تعزيرية هو قول الرسول صلى الله عليه وسلم "وستكون هنات وهنات فمن أراد أن يفرق أمر هذه الأمة وهي جميع، فاضربوه بالسيف، كائناً من كان".

السياسة العقابية التي يرتضيها في ضوء مصلحة مجتمعه، وتقديره لاعتبارات العدالة والردع عن الأفعال الضارة بالمجتمع. وإذا خول القاضي سلطة التجريم والعقاب كانت له سلطة اختيار العقوبة التي يراها ملائمة لظروف الجريمة والمتهم.

ولكن هذه السلطة – في صورتيها التشريعية والقضائية – لها حدودها. وتتمثل هذه الحدود في صورة ضوابط يسترشد بها الشارع والقاضي في تقرير هذه العقوبات.

وفيما يلي أهم هذه الضوابط:

أولاً: يتعين أن تكون العقوبات التعزيرية أقل جسامة من عقوبات الحدود، وذلك لأن الجرائم التعزيرية أقل جسامة من جرائم الحدود. ويرى بعض الفقهاء ألاّ تجاوز عقوبة الجلد إذا وقعت تعزيراً أدنى مقدار لعقوبة الجلد إذا وقعت حداً، فلا تجاوز ثمانين جلدة باعتبار ذلك عقوبة الشرب، وقيل لا تجاوز أربعين باعتبارها في بعض الآراء عقوبة الشرب.

ثانياً: إذا كانت الجريمة التعزيرية تقوم بفعل هو من جنس الفعل المقرر من أجله الحد، ولكنه أقل منه جسامة، أو لم تتوافر بالنسبة له شروط الحد، فإنه يتعين أن تكون عقوبته أقل من عقوبة الحد. وسند ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم "من بلغ حداً في غير حد، فهو من المعتدين". وتطبيقاً لذلك، فإنه لا يجوز توقيع عقوبة الحد من أجل فعل لم تتوافر له شروط توقيع هذه العقوبة. فإذا عاقب ولي الأمر أو القاضي على فعل مخل بالحياء دون الزنى، كالتقبيل أو العناق، تعين أن تكون عقوبته دون عقوبة الزنى؛ وإذا عاقب على القذف بغير الزنا أو السب أو الإهانة تعين أن تكون عقوبته دون عقوبة القذف بالزنى؛ وإذا عاقب على السرقة التي لم تتوافر لها شروط الحد أو عاقب على النصب أو خيانة الأمانة فلا يجوز أن تكون هذه العقوبة هي القطع.

ثالثاً: يثور التساؤل عن مدى جواز إقرار الشريعة الإسلامية للضوابط التي تقول بها السياسة العقابية الحديثة في انتقاء العقوبات التي تعترف بها؟

وفيما يلي بيان هذه الضوابط:

لا يجوز الاعتراف بعقوبة تجرح الشعور العام، وتتصف بالبشاعة، ومن ثم لا تعبر عن فكرة الجزاء العادل كما استقرت في ضمير الشخص المعتاد. وبناء على ذلك لا يجوز الاعتراف بعقوبة القتل بتقطيع الأوصال أو بالتحريق

بالنار أو الإغراق، ولا يجوز إقرار إعدام بعض الحواس، أو عقوبة وصم المتهم بعلامات بالحديد المحمي تدل على نوع جريمته.

ويتعين الاقتصار على العقوبات التي تصادف محلاً في كل إنسان، ذلك أن الجريمة قد يرتكبها أي شخص، فيتعين أن يكون ممكناً توقيعها عليه. أما العقوبات التي لا يتوافر فيها هذا الشرط، فمن شأنها ألا يعاقب بعض مرتكبي الجرائم التي قررت لها هذه العقوبات.

ويتعين الاقتصار على العقوبات التي تقبل التدرج والتجزئة، وذلك حتى يستطاع تحديد مقدارها بحيث يناسب ظروف الحالة التي توقع من أجلها.

ويتعين الاقتصار على العقوبات التي يمكن أن يوقف تنفيذها على من حكم بها عليه، وبدئ في تنفيذها، أو اتضح أثناء التنفيذ أنه لم يرتكب الجريمة، أو توافر له سبب مانع من مسئوليته أو من عقابه، وأنه كان بذلك "ضحية خطأ قضائي"، أو إذا أريد العفو عنه.

نعتقد أن هذه الضوابط سليمة في ذاتها، وهي لا تعارض روح الشريعة الإسلامية ومبادئها الأساسية، بل إنها لتتسق معها، باعتبارها تتجه إلى تحقيق اعتبارات العدالة والردع في العقاب على الجرائم التعزيرية وهو ما تحرص عليه الشريعة الإسلامية.

٤٨ – مجال التعزير:

المجال الأساسي للتعزير هو – على ما تقدم – حيث ترتكب معصية لم يقرر من أجلها حد أو قصاص أو دية.

ولكن مجال التعزير لا يقتصر على ذلك.

فإذا ارتكبت جريمة يقرر لها الشارع حداً، وثبت أن الحد غير كاف لمواجهة جسامة الجريمة أو إثم الجاني جاز أن يضاف إليه التعزير، كي يحقق مع الحد الجزاء الرادع للجريمة. ومثال ذلك إضافة التغريب إلى الحد في الزنا، وإضافة تعليق اليد إلى قطعها في السرقة.

وإذا ارتكبت جريمة تستوجب القصاص ثم عفا المجني عليه أو وليه دون مقابل أو نظير دية، جاز الحكم بعقوبة تعزيرية، كي تحقق بمفردها أو بالإضافة إلى الدية الجزاء الرادع للجريمة.

وإذا ارتكبت جريمة تستوجب أداء دية، وعفا المجني عليه عنها أو حصل عليها، جاز توقيع عقوبة تعزيرية كي تحقق – محل الدية أو بالإضافة إليها – الجزاء الرادع للجريمة.

ويتضح بذلك أن للتعزير مجالاً رئيسياً، يوقع فيه استقلالاً من أجل الجريمة، وقد يكون له دور تكميلي يضاف إلى عقوبة أخرى أو يحل محلها كي يوقع من أجل الجريمة الجزاء الرادع عنها.

وقد يوقع التعزير دون أن ترتكب معصية، ولكن لمواجهته "حالة خطرة" تنذر بجريمة يحتمل أن ترتكب في مستقبل قريب. ويقوم التعزير في هذه الحالة بوظيفة التدبير الاحترازي، أو "التدبير الوقائي" في مصطلحات السياسة الجنائية المعاصرة، ومثال ذلك نفى المخنث أو من يخشى افتتان النساء به، وقد قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بذلك على نصر بن حجاج.

٤٩– التعزير في السياسة الشرعية المعاصرة:

قدمنا أن الشريعة الإسلامية اتسمت بالمرونة في شأن جرائم التعزير وعقوباتها، وأفسحت صدرها لضروب من السياسة الشرعية في ذلك: فأجازت أن يعهد إلى القاضي بتحديد الأفعال التي تعتبر جرائم تعزيرية وتقرير العقوبة التي يراها ملائمة لكل منها. ولا يناقض مبادئها – على ما قدمنا – أن يتولى ولي الأمر وضع نصوص التجريم وتقرير العقوبات لكل جريمة، وقد يصطحب ذلك إعطاء القاضي سلطة القياس على هذه النصوص. وفي ظل هذه المرونة يستطيع الشارع الوضعي في المجتمع الإسلامي أن يتخير السياسة التي تلائم ظروف مجتمعه، وما يسود فيه من قيم وأفكار.

وإذا كان المجتمع الإسلامي في عصوره المبكرة قد خول القاضي سلطة التعزير – فقد كان لذلك ما يبرره من قرب القضاء من عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم – وعمق إلمامهم بروح الشريعة وأصولها وقواعدها، وذلك بالإضافة إلى أن الجرائم التعزيرية كانت بطبيعتها محدودة في هذا المجتمع لالتزام غالبية الناس بأحكام الشريعة، وبساطة الحياة فيه، وقلة المشاكل التي تثور فيه. أما المجتمع الإسلامي الحديث، فيختلف في كل ما تقدم، وخاصة من حيث عدد وأهمية الأفعال التي يتعين تجريمها لتعقد الحياة، وكثرة المشاكل، بالإضافة إلى اتساع رقعة الدولة الحديثة، والحاجة إلى توحيد الحلول التشريعية

والقضائية، إعمالاً لمبدأ المساواة بين المواطنين أمام القانون والقضاء. لذلك نرى أن الأدنى إلى المصلحة العامة أن يضع الشارع الوضعي في المجتمع الإسلامي الحديث تقنيناً بالجرائم التعزيرية التي يرى أنه يتعين العقاب عليها وفق سياسته التشريعية التي يستلهمها من ظروف مجتمعه، ملتزماً الضوابط التي قررتها الشريعة في شأن التعزير.

٥٠- دور المحكمة الدستورية العليا في الرقابة الشرعية على نصوص التجريم والعقاب في مجال الجرائم التعزيرية:

بالإضافة إلى الدور الذي تقوم به المحكمة الدستورية العليا في الرقابة على دستورية نصوص القانون، وهو دور يتعين أن يستمر في المجتمع الإسلامي الحديث، إذ لابد أن يكون لهذا المجتمع "دستور" مستلهم من أصول الشريعة الإسلامية، وإن كان متعيناً كذلك أن يتبنى المبادئ الدستورية الحديثة التي يثبت أنها لا تتعارض مع الشريعة الإسلامية. وللمحكمة الدستورية العليا، دورها التقليدي، إذ لها أن تقرر عدم دستورية نص التجريم والعقاب الذي يخالف أحكام هذا الدستور.

ولكن يتعين أن يكون للمحكمة الدستورية العليا دورها كذلك في رقابة نصوص التجريم والعقاب في مجال التعزير، فإذا تبين أن نص التجريم قد خالف الأصول التي قررتها الشريعة الإسلامية في هذا المجال، كما لو عاقب على فعل لا يعتبر معصية، أو على فعل لا يصلح للإثبات قضاء، أو قرر عقوبة لا تتوافر لها الشروط المتطلبة في العقوبة التعزيرية، كان للمحكمة أن تقرر عدم جواز تطبيقه.

٥١- تقسيم الجرائم إلى جنايات وجنح ومخالفات ومدى التئامه مع أصول الشريعة الإسلامية:

يقوم تقسيم الجرائم إلى جنايات وجنح ومخالفات على أساس اختلاف الجرائم في مقدار جسامتها: فأشد الجرائم جسامة هي الجنايات وأقلها جسامة هي المخالفات، وتتوسط الجنح بين النوعين. ويقدر الشارع جسامة كل جريمة ينص عليها، ناظراً إلى كل جوانبها وعناصرها. ويرتب الجرائم بعد ذلك من حيث جسامتها ثم يوزعها على الأقسام الثلاثة السابقة، ويوضع بعد ذلك معيار واضح سهل التطبيق تقاس به جسامة كل جريمة ويعرف به موضعها في أحد الأقسام

السابقة، هذا المعيار هو نوع ومقدار العقوبة المقررة لها. وقد نص قانون العقوبات المصري على هذا التقسيم، وحدد معياره (المواد من ٩ – ١٢).

وهذا التقسيم هام، إذ يعد أساساً للغالب من أحكام قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجنائية: وذلك أن أغلب الأحكام الموضوعية والإجرائية تختلف باختلاف ما إذا كانت الجريمة جناية أو جنحة أو مخالفة.

ولا يعرف الفقه الجنائي الإسلامي هذا التقسيم، ولكن نعتقد أنه لا تعارض بينه وبين أصول الشريعة الإسلامية. ولما كان لهذا التقسيم أهميته النظرية والتطبيقية، من حيث وضع أهم الضوابط لتطبيق القواعد الجنائية. لذلك نرى ملاءمة الأخذ به في التشريع الجنائي الإسلامي[٤٨].

وتطبيقاً لذلك نرى إدراج جرائم الحدود والقصاص والدية بين الجنايات، أما جرائم التعزير، فإن على الشارع الوضعي الإسلامي أن يقرر معياراً لتقسيم هذه الجرائم مستمداً من نوع العقوبات التعزيرية التي يقررها، ثم يصنف هذه الجرائم ويوزعها حسب جسامتها بين الأنواع الثلاثة من الجرائم.

---

[٤٨] الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة، رقم ١٢١ ص ١٠٩.

http://www.rafatosman.com/

البـــــاب الثاني

عدم المشروعية

الركن الشرعي للجريمة

٥٢- ماهية الركن الشرعي للجريمة:

الجريمة بطبيعتها فعل غير مشروع، أي فعل يخالف أوامر الشارع ونواهيه، بحيث تقوم به معصية في المدلول الواسع لهذا التعـــــبير.

أما إذا كان الفعل مشـــروعاً، لأنه لا يناقض أمراً أو نهياً شرعـــياً، فهـــو بالضــــرورة مباح، بل وقد يكون مأمـــوراً به، ومن ثم لا يتصور أن تقوم به جريمــــة.

والركن الشرعي في جوهره هو هذه الصفة غير المشروعة، فهو بذلك تكييف للفعل في تقدير الشارع، وبالنظر إلى أوامره ونواهيه. والركن الشرعي، باعتباره تكييفاً للفعل، فهو يتجرد من الكيان المادي، ويختلف بذلك، ومن حيث طبيعته عن الركن المادي للجريمة. ويتمثل الركن الشرعي في علاقة منطقية بين القاعدة الشرعية والفعل، وليس من عناصره – بحسب الأصل – علم أو إرادة للجاني، وبناء على ذلك كانت له طبيعة موضوعية، وذلك على خلاف الركن المعنوي للجريمة الذي يتميز بطبيعة شخصية.

وقد ذهبت بعض الآراء إلى اعتبار "نص الأمر أو النهي" هو الركن الشرعي(٤٩)، ولكنا نرى أن هذا النص هو مصدر الركن الشرعي، باعتباره مصدر الصفة غير المشروعة للفعل. وبالإضافة إلى ذلك، فإن الصفة غير المشروعة للفعل لا تعتمد فحسب على خضوعه لنص الأمر أو النهي، وإنما يتعين كذلك ألا يكون خاضعاً لقاعدة إباحة، إذ خضوعه لهذه القاعدة يعني زوال الصفة غير المشروعة عنه، على الرغم من سبق خضوعه لنص الأمر أو النهي. وتطبيقاً لذلك، فإن القتل

---

(٤٩) الأستاذ عبد القادر عودة، ص ١١٢.

http://www.rafatosman.com/

المرتكب دفعاً للصائل، والضرب المرتكب تأديباً، لا يتصف أي منهما بالصفة غير المشـــروعة.

٥٣- عناصر الركن الشرعي للجريمة:

يقوم الركن الشرعي للجريمة على عنصـــرين:

الأول: مخالفة الفعل لقاعدة أمر أو نهي. **والثاني:** عدم خضوع الفعل لقاعدة إباحة.

٥٤- تقسيم الدراسة:

نتناول في الفصل الأول البحث في مخالفة الفعل لقاعدة الأمر أو النهي، ونتناول في الفصل الثاني البحث في عدم خضوع الفعل لقاعدة إباحة، ونبحث في الفصل الثالث فكرة "الجريمة السياسية"، باعتبارها تتصل بمدى عدم شرعية الفعـــل.

الفصل الأول

مخالفة الفعل لقاعدة أمر أو نـهي

٥٥- تمهـيد:

لا يعتبر الفعل غير مشروع إلا إذا كان مخالفاً لقاعدة أمر أو نهي، لأنه إذا لم يخالف قاعدة شرعية تتضمن أمراً أو نهياً – كان على أصله من الإباحة – وذلك تطبيقاً لمبدأ "الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة" ومبدأ أنه " لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص".

٥٦- تقسيم:

دراسة اشتراط مخالفة الفعل لقاعدة أمر أو نهي لتوافر الركن الشرعي للجريمة يقتضي البحث في مدلول هذا المبدأ، ويقتضي بعد ذلك البحث في مصادر الأمر والنهي، أي مصادر التجريم والعقاب في الشريعة الإسلامية، ويتعين بعد ذلك دراسة القواعد الخاصة بتفسير نصوص التجريم والعقاب، ويتعين في النهاية البحث في تطبيق هذه القواعد والنصوص من حيث الزمان، ومن حيث المكان، ومن حيث الأشخاص.

المبحث الأول

مدلول اشتراط مخالفة الفعل

لقاعدة أمر أو نـهي

٥٧- حصر مصادر التجريم والعقاب في القواعد الشرعية:

يعني اشتراط مخالفة الفعل لقاعدة أمر أو نهي حصر مصادر التجريم والعقاب في القواعد الشرعية. والأصل في هذه القواعد أن تكون مفرغة في نص من الكتاب أو السنة. ولكن يجوز في الآراء التي تخول القاضي سلطة تحديد الجرائم التعزيرية وعقوباتها أن يكون مصدر قاعدة التجريم والعقاب هو القياس وما عداه من مصادر الأحكام الشرعية.

وقاعدة التجريم تقرر "حكماً تكليفياً" باعتبارها تلزم بإتيان فعل أو تلزم بالامتناع عنه. أما قاعدة العقاب، فهي تقرر "حكماً وضعياً". باعتبارها تبين العقوبة، وتحدد أسبابها، وشروطها، وموانعها.

ويقتضي توضيح ذلك الإشارة إلى التفرقة بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي.

٥٨- التفرقة بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي:

الحكم التكليفي هو ما اقتضى طلب فعل من المكلف، أو كفه عن فعل، أو تخييره بين فعل والكف عنه. وسمي هذا الحكم تكليفياً لأنه يتضمن إلزام المكلف إتيان فعل، ومثله قول الله تعالى «إِنَّ اللّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ»[٥٠]، أو إلزام المكلف الكف عن فعل، مثل قوله تعالى «وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللّهُ إِلاَّ بِالحَقِّ»[٢]، وقوله «وَلاَ تَقْرَبُواْ الزِّنَى»[٣].

أما الحكم الوضعي، فهو ما اقتضى جعل شئ سبباً لشيء أو شرطاً له أو مانعاً منه، وفيما يلي بيان ذلك:

١- وضع أسباب لمسببات، كقوله تعالى «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا»[٤]، وقوله تعالى «الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ»[٥].

٢- وضع شروط لمشروطات، كقوله تعالى «لَوْلا جَاؤُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاء فَأُوْلَئِكَ عندَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ»[٦]. وقول الرسول صلى الله عليه وسلم "لا قطع إلا في ربع دينار".

٣- وضع موانع من أحكام مثل قول الرسول صلى الله عليه وسلم "لا قطع في ثمر معلق"، وقوله "لا ميراث لقاتل".

ويتضح من الأمثلة التي أوردناها – فيما تقدم – للأحكام التكليفية أنها تلزم بفعل: فهي تلزم بأداء الأمانات إلى أهلها، وبالحكم بين الناس بالعدل، أو أنها تحظر أفعالاً معينة: فهي تحظر القتل، وتحظر الزنا.

---

(٥٠) سورة النساء، الآية ٥٨.

(٢) سورة الإسراء، الآية ٣٣.

(٣) سورة الإسراء، الآية ٣٢.

(٤) سورة المائدة، الآية ٣٨.

(٥) سورة التوبة، الآية ٢.

(٦) سورة النور، الآية ١٣.

ويتضح من الأمثلة التي أوردناها للأحكام الوضعية أنها حددت العقوبة، فحددت عقوبة السرقة بالقطع، وعقوبة الزنا بالجلد؛ إذ اشترطت شروطاً لتوقيعها، فاشترطت لتوقيع عقوبة الزنا شهادة أربعة شهود، ولتوقيع عقوبة السرقة أن تكون قيمة المال المسروق ربع دينار أو أكثر من ذلك، أو قررت مانعاً من توقيعها، كما في الحديث "لا قطع في ثمر معلق".

٥٩- الدليل الشرعي على حصر مصادر التجريم والعقاب في القواعد الشرعية:

تضمن القرآن الكريم آيات قطعية الدلالة، تقرر مبدأ حصر مصادر التجريم والعقاب في القواعد الشرعية، وهذه الآيات تقرر في ذات الوقت، ونتيجة منطقية لهذا المبدأ، قاعدة عدم رجعية قواعد التجريم والعقاب؛ فهذه القواعد تسري على الأفعال التي ترتكب بعد العمل بها، ولا تسرى على الأفعال التي ارتكبت قبل العمل بها.

فيقول الله تعالى «وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً»[٥١]، ويقول سبحانه «وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولاً يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا»[٢]، ويقول عز وجل «لِئَلاَّ يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ»[٣]، ويقول سبحانه «قُل لِلَّذِينَ كَفَرُواْ إِن يَنتَهُواْ يُغَفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ»[٤].

٦٠- مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات:

يقرر التشريع الوضعي المعاصر مبدأ حصر مصادر التجريم والعقاب في النصوص التشريعية، ويعبر عن هذا المبدأ بالقول "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون". ولأهمية هذا المبدأ ودوره الأصيل في حماية الحريات الفردية، فإن الدساتير تحرص على تقريره، فالمادة ٦٦ من الدستور المصري نصت على أنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون"، وقررت هذا المبدأ كذلك المادة الخامسة من قانون العقوبات المصري في قولها "يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها".

---

[٥١] سورة الإسراء، الآية ١٥.
[٢] سورة القصص، الآية ٥٩.
[٣] سورة النساء، الآية ١٦.
[٤] سورة الأنفال، الآية ٣٨.

http://www.rafatosman.com/

والسؤال الذي يثيره هذا المبدأ هو تحديد ما إذا كانت الشريعة الإسلامية قد أقرت هذا المبدأ، وما إذا كانت قد أقرته في ذات مفهومه في الفقه والتشريع المعاصرين.

نرى قبل الإجابة على هذا السؤال أن نعرض لتقييم مبدأ "شرعية الجرائم والعقوبات" في صياغته التقليدية من أنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون".

٦١- تقييم مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات:

نادى بهذا المبدأ في العصر الحديث الفقيه الإيطالي "بيكاريا"، ومثل رد فعل طبيعي ضد تحكم القضاء، وما تضمنه من تجريم وعقاب دون سند من القانون، وما أفضى إليه من عسف واستبداد، وافتئات على أهم الحقوق الفردية والحريات العامة. ولذلك استقبل هذا المبدأ بالحماس والتأييد، وأقره إعلان حقوق الإنسان الذي صدر في إبان الثورة الفرنسية، في ٢٦ أغسطس سنة ١٧٨٩ الذي نص في مادته الثانية على أنه "لا يعاقب أحد إلا بناء على قانون صادر قبل ارتكاب الجريمة ومطبق على نحو قانوني". وقد أعادت إقرار هذا المبدأ الدساتير الفرنسية التالية، وقوانين العقوبات الفرنسية، وانتقل إلى دساتير العالم وقوانينه بعد ذلك.

ويلاحظ أن هذا المبدأ لم يعرفه التشريع الوضعي إلا قرب نهاية القرن الثامن عشر الميلادي، في حين أقرته الشريعة الإسلامية، قبل ذلك بألف عام في جرائم الحدود والقصاص والدية، بل –وفي صياغة متطورة – في جرائم التعزير. ويعني ذلك سياسة شرعية جنائية تقدمية، وحرصاً على حماية الحقوق والحريات سبقت بها الشريعة القوانين الأوربية والقوانين التي نقلت عنها.

ولمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات أهمية واضحة، ولكن ترد عليه كذلك بعض أوجه النقد، على ما نفصله فيما يلي:

٦٢- أهمية مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات:

الأهمية الأولى لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات أنه ضمان لحقوق الأفراد، فمن يأت فعلاً يجرمه القانون هو – طبقاً لهذا المبدأ – في مأمن من المسئولية الجنائية، وليس في وسع السلطات العامة أن تلومه من أجل ما فعل. والمبدأ يضع بذلك للأفراد حدوداً واضحة تفصل بين المشروع وغير المشروع، فيشجعهم على

سلوك السبل المشروعة وهم آمنون العقاب، ويمكنهم بذلك من المساهمة في نشاط المجتمع. ويدعم هذا المبدأ الدور الوقائي للقانون، ذلك أن تعزيز أوامر الشارع ونواهيه بالعقاب المحدد يجعل امتثالها أقرب إلى الاحتمال.

٦٣- نقد مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات:

انتقد هذا المبدأ بأنه يفترض الجريمة كياناً متجرداً عن شخص مرتكبها، ويحدد العقوبة وفق الأضرار المادية للجريمة، لا وفق الخطورة الكامنة، ذلك أن الشارع يضع نصوصاً يحدد فيها العقوبة على قدر جسامة الجريمة، وليس في وسعه أن يجعل العقوبة ملائمة لظروف مرتكبيها، لأنه لا يعرف أشخاصهم ولا يستطيع العلم بظروفهم.

وانتقد هذا المبدأ كذلك، لأنه لا يكفل للمجتمع الحماية من جميع الأفعال الجديرة في ذاتها بالتجريم، ذلك أن الشارع لا ترد إلى ذهنه غير مجموعة من الأفعال يقدر أنها وحدها الجديرة بالتجريم. ولكن تطور ظروف الحياة في المجتمع وتعقدها يكشف عن أفعال أخرى ضارة بالمجتمع. وهذه الأفعال لا يستطيع القاضي أن يعاقب عليها، لأن الشارع لم يجرمها ابتداء.

وهذه الانتقادات مبالغ فيها: فالقول بأن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يحول بين القاضي وبين توقيع العقوبة التي تلائم الخطورة الكامنة في شخص المجرم هو قول مردود: ذلك أن التشريعات المعاصرة تحرص على الاعتراف للقاضي بسلطة تقديرية واسعة يستطيع باستعمالها أن يحدد العقوبة التي تلائم ظروف الجاني، ومن مظاهر اتساع هذه السلطة: وضع العقوبة بين حد أدنى وحد أقصى كي يحدد القاضي مقدارها على النحو الذي يراه ملائماً، وتقرير عقوبتين أو أكثر لبعض الجرائم حتى ينتقي منها العقوبة التي يراها ملائمة، وتقرير ظروف مخففة وظروف مشددة كي يتسع نطاق السلطة التقديرية للقاضي، والترخيص له بإيقاف تنفيذ العقوبة التي يقضي بهـــا.

أما القول بأن هذا المبدأ يحرم المجتمع من الحماية الواجبة ضد الأفعال الجديرة في ذاتها بالتجريم، فمردود عليه بأن في وسع الشارع أن يستعمل في نصوص التجريم عبارات يحقق بها التوازن بين مصلحة المجتمع وحقوق الأفراد، فلا تكون ضيقة تجعل مهمة القاضي مقتصرة على التطبيق الحرفي لها وتجعله عاجزاً عن أن يجد فيها الوسيلة إلى حماية المجتمع من الأفعال الضارة

به، ولا تكون واسعة فتتيح له إهدار حقوق الأفراد. وتحقيق هذا التوازن يقتضي صياغة دقيقة محكمة تعطي القاضي سلطة تفسيرية واسعة، وتضع لها في ذات الوقت الحدود التي تضمن ألا تكون هذه السلطة سبيلاً إلى الاعتداء على حقوق الأفراد، بتجريم أفعال أو تقرير عقوبات لم يسبق الشارع إلى تجريمها.

٦٤- مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في الشريعة الإسلامية:

لا شك في أن الشريعة الإسلامية قد أقرت هذا المبدأ في مجال جرائم الحدود والقصاص والدية، فقد وردت في شأنها نصوص قطعية الدلالة واضحة في مدلولها في تسمية الجرائم التي نصت عليها وبيان الفعل أو الأفعال التي تقوم بها كل منها، وهي كذلك دقيقة في تحديد العقوبة التي تقررها لكل منها.

وبناء على ذلك، نستطيع القول بأن مبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون" مقرر في دقة ووضوح في مجال جرائم الحدود والقصاص والدية.

وتثور الصعوبة إذا تساءلنا عن مدى إقرار هذا المبدأ في مجال جرائم التعزير. قدمنا أن الشريعة الإسلامية تميزت في هذا المجال بمرونة واضحة، كي تتسق سياستها الجنائية مع ظروف وتقاليد كل مجتمع إسلامي: فهي تتقبل أن يترك هذا المجال لاجتهاد القاضي، على نحو ما اتبع في العصور المبكرة للدولة الإسلامية. وقد ارتأينا أنه لا يتعارض مع أصول الشريعة الإسلامية أن يوضع تقنين للجرائم التعزيرية، سواء أجيز للقاضي القياس على نصوص هذا التقنين أو حظر عليه ذلك.

وقد رجحنا – في ضوء ظروف المجتمع الإسلامي المعاصر – تقنين جرائم التعزير. فإذا أقر هذا الرأي، فلن تثور صعوبة، إذ يعني ذلك إقرار مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في مجال جرائم التعزير كذلك، في ذات الصورة التي أقر فيها في مجال جرائم الحدود والقصاص والدية، وهي كذلك الصورة التي تقره فيها التشريعات المعاصرة.

ولكن التساؤل يبقى مع ذلك قائماً إذا قلنا بتخويل القاضي سلطة تحديد الجرائم التعزيرية وعقوباتها، أو أخذ بمبدأ التقنين وأضفنا إليه تخويل القاضي القياس على نصوص هذا التقنين. هل يعني ذلك أن الشريعة الإسلامية لا تأخذ في هذا المجال بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

يتعين للإجابة على هذا التساؤل أن نلاحظ أن الشريعة الإسلامية حينما أجازت تخويل القاضي سلطة التجريم والعقاب في مجال التعزير لم تطلق هذه السلطة، وإنما أحاطتها بقيود وأفرغتها في ضوابط محددة، وقد سبقت الإشارة إلى أنه لا يجوز اعتبار الفعل جريمة إلا إذا كان معصية وكان صالحاً للإثبات قضاء، وأشرنا كذلك إلى شروط يتعين توافرها في العقوبة التعزيرية. ويعني ذلك أن الأمر لن يكون مجالاً لتحكم قضائي على نحو ما كان جارياً في التشريعات الأوروبية السابقة على الثورة الفرنسية، وهو التحكم الذي استهدف مبدأ الشرعية مواجهته؛ وذلك بالإضافة إلى ما قدمنا من ضرورة وجود سلطة قضائية عليا لتراقب مدى التزام قاضي الموضوع بالقيود والشروط التي وضعت فيها سلطته في التجريم والعقاب.

ونلاحظ كذلك أن قاعدة "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون" ليست الصيغة الوحيدة لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، فمن الجائز أن يتخذ هذا مبدأ صياغة مختلفة. فإذا وضعت لسلطة القاضي في التجريم والعقاب القيود والشروط المستمدة من المنطق ومصلحة المجتمع وكفلت الرقابة القضائية عليها، وساند ذلك ضمير قضائي يستهدف حسن تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية، وتحقيق مصلحة المجتمع الإسلامي عن هذا الطريق، فإن ذلك يعتبر صياغة مقبولة لمبدأ الشرعية، إذ يكفل ذلك – على ما قدمنا – استبعاد التحكم الذي قد يشوب العمل القضائي.

وإذا وضعنا في اعتبارنا أن التطبيق الجامد لمبدأ الشرعية في صياغته التقليدية التي تقرر أنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون" له عيوبه التي سبق تفصيلها، والتي تتمثل في عدم كفالته الحماية الكافية للمجتمع، باعتبار أن من يضع نصوص التجريم لا يستطيع أن يحصر مقدماً جميع الأفعال التي تضر المجتمع أو تهدده بالخطر، بالإضافة إلى أن تطور المجتمع وابتكار المجرمين صوراً جديدة للإجرام قد يكشف عن أفعال جديرة بالتجريم لم تكن ترتكب وقت وضع النصوص، فإنه يتضح بذلك أن للخطة الإسلامية في تحديد صياغة مختلفة لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات لها سندها من المنطق ومن مصلحة المجتمع[٥٢].

ونحن مع تفضيلنا صياغة مبدأ الشرعية في صورة قاعدة "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون"، وتفضلينا عدم الاعتراف للقاضي بسلطة القياس، نرى

---

[٥٢] الأستاذ عبد القادر عودة، رقم ١١٣ ص ١٥٩؛ الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة، رقم ١٩٨ ص ١٦٦.

مواجهة للعيوب التي أخذت على هذه القاعدة، أن تصاغ نصوص التجريم بحيث لا تكون ضيقة جامدة تتضاءل فيها السلطة التقديرية للقاضي في التفسير، ويستحيل دوره إلى التطبيق الحرفي، وإنما الأصوب أن تكون الصياغة متميزة بالاتساع والمرونة بحيث يستطيع القاضي في حدود سلطته في التفسير أن يواجه الغالبية من الأفعال الضارة بالمجتمع أو الخطرة عليه، وأن يطور النص في ضوء التطور الذي يعرض لظروف المجتمع. وذلك ما تتجه إليه التشريعات الحديثة، وعلى سبيل المثال، فإنه عند صياغة النص الخاص بالتزوير لا محل للنص على طرقه على سبيل الحصر، وعند صياغة النص الخاص بالنصب، خيانة الأمانة، التحريض، القذف والسب، لا وجه لتحديد طرقه على سبيل الحصر.

المبحث الثاني
مصادر التجريم والعقاب
في الشريعة الإسلامية

٦٥- بيان مصادر التجريم والعقاب في الشريعة الإسلامية:

قواعد التجـــريم والعقـــاب في الشريعة الإسلامـــية هي جزء من القواعد الشرعية عامة، ومن ثم كانت لها ذات مصادر الشريعة الإسلامية.

ومصادر الشريعة الإسلامية هي: الكتاب، والسنة، والإجماع والقياس، والاستحسان والاستصحاب، والمصلحة المرسلة، والعرف، وشرع من قبلنا ومذهب الصحابي. والمصادر الرئيسية هي الأربعة الأولى، أي: الكتاب والسنة والإجماع والقياس.

وهذا البيان لمصادر الشريعة الإسلامية سنده حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم لمعاذ بن جبل حين ولاه قضاء اليمن، فقال له "بم تقضي؟"، فقال معاذ "بكتاب الله"، قال "فإن لم تجد"، قال "اقضي بسنة رسول الله"، قال "فإن لم تجد"، قال "اجتهد رأيي" فقال الرسول عليه الصلاة والسلام "الحمد لله الذي وفق رسولَ رسولِ الله إلى ما يرضى الله ورسوله".

ويدخل في مدلول "اجتهاد الرأي" القياس وما يلحق به من مصادر أخرى، وبصفة خاصة الاستحسان، والاستصحاب، والمصلحة المرسلة، والعرف.

ونشير فيما يلي – إلى مصادر الشريعة الإسلامية:

المطلب الأول

القرآن الكريم

٦٦– تعريف:

القرآن الكريم هو كلام الله تعالى الذي أنزله على قلب الرسول صلى الله عليه وسلم بألفاظ عربية مبينة ومعان حقة، وهو المدون بين دفتي المصحف المبدوء بسورة الفاتحة والمختوم بسورة الناس. وأول آية نزلت منه هي قول الله تعالى: «اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ، خَلَقَ الإنسَانَ مِنْ عَلَقٍ، اقْرَأْ وَرَبُّكَ الأَكْرَمُ، الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ، عَلَّمَ الإِنسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ»، وآخر آية نزلت منه هي قول الله تعالى «الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الإِسْلاَمَ دِيناً»(٥٣).

والقرآن الكريم ألفاظه ومعانيه من عند الله تعالى، وكان دور الرسول صلى الله عليه وسلم أنه المبلغ لها إلى الناس.

وقد انتقل القرآن الكريم إلينا بالتواتر جيلاً عن جيل، مشافهة وكتابة. وقد حفظه الله تعالى من كل تحريف، فهو يقرأ ويكتب في الأجيال المعاصرة والتي تأتي بعدها كما كان يقرأ في الأجيال الأولى، ويقرأ ويكتب في جميع بقاع الأرض على ذات النهج. وقد حفظه الله مصداقاً لقوله تعالى « إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ»(٥٤).

---

(٥٣) قال الإمام الشاطبي تعريفاً بالقرآن الكريم "أن الكتاب كلى الشريعة، وعمد الملة، وينبوع الحكمة، وآية الرسالة، ونور الأبصار والبصائر، وأنه لا طريق إلى الله سبحانه سواه، ولا نجاة بغيره، ولا تمسك بشيء يخالفه، وهذا كله لا يحتاج إلى تقرير أو استدلال عليه، لأنه معلوم من دين الأمة، وإذا كان كذلك، لزم ضرورة لمن رام الإطلاع على كليات الشريعة، وطمع في إدراك مقاصدها، واللحاق بأهلها أن يتخذه سميره وأنيسه". الموافقات في أصول الشريعة، للإمام الشاطبي، جـ٣، ص ٣٤٦. وقال الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف "القرآن هو كلام الله الذي نزل به الروح الأمين على قلب رسول الله محمد بن عبد الله بألفاظه العربية ومعانيه الحقة ليكون حجة للرسول على أنه رسول الله، ودستوراً للناس يهتدون بهداه، وقربة يتعبدون بتلاوته، وهو المدون بين دفتي المصحف المبدوء بسورة الفاتحة المختوم بسورة الناس، المنقول إلينا بالتواتر كتابة ومشافهة جيلاً عن جيل محفوظاً من أي تغيير أو تبديل مصداق قول الله سبحانه فيه: "إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون". علم أصول الفقه، ١٩٤٧، ص ٢٠.

(٥٤) سورة الحجر، الآية ٩.

٦٧- حجية القرآن الكريم:

القرآن في جميع آياته قطعي الثبوت، فلا يثور شك قط في أن كل آية من آياته صادرة عن الله تعالى، ولا محل لأي جدال قط في هذا الشأن. والدليل على ذلك أنه قد كتب وقرئ في كل جيل بذات الألفاظ، بإجماع كل المسلمين من أبناء ذلك الجيل، ثم انتقل إلى الجيل الذي يليه بذات الإجماع. وهذا التواتر المتواصل بين الأجيال دليل على قطعية ثبوته، ودليل على أنه يقرأ ويكتب في جيلنا على ذات النحو الذي تلاه وأبلغه رسول الله صلى الله عليه وسلم عند نزوله، إذ لا يتصور العقل أن تجمع هذه الأجيال كافة على أمر غير صحيح.

والقرآن الكريم هو المصدر الأول للأحكام الشرعية، وهو المهيمن على سائر مصادرها، ولا يتصور أن يأتي مصدر آخر بحكم يخالف حكماً ورد في القرآن الكريم، وثبوت هذه المخالفة دليل قاطع على بطلان ما ورد في ذلك المصدر الآخر.

ولكن نصوص القرآن من حيث دلالتها على ما ورد فيها من أحكام نوعان: نوع قطعي الدلالة، ونوع ظني الدلالة. فالنص قطعي الدلالة يفيد حكماً يتعين فهمه منه على نحو لا يحتمل تأويلاً، أي أنه لا مجال للظن بأنه يعني حكماً آخر غير ذلك الحكم. أما النص ظني الدلالة، فإنه يدل على معنى، ولكن يحتمل أن يدل على معنى آخر، ومن ثم فهو يدع مجالاً للاختلاف في تفسيره، فقد يفسر على أن المراد به هو المعنى الأول، وقد يفسر على أن المراد به هو المعنى الثاني.

ومثال النص قطعي الدلالة قول الله تعالى «الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ»[٥٥]. فهذا النص قطعي الدلالة في أن عقوبة الزاني هي الجلد، فلا يتصور القول بأن له عقوبة أخرى، وهو كذلك قطعي الدلالة في أن عدد الجلدات مائة فلا يتصور القول بأن عددها أقل أو أكثر من ذلك. ومثال النص ظني الدلالة قول الله تعالى «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا جَزَاء بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللّهِ»[٢]، فلفظ اليد يحتمل أن تكون دلالتها الكف، ويحتمل أن تكون الذراع من مفصل الكوع، ويحتمل أن تكون الذراع من مفصل المنكب، ولذلك اختلف الفقهاء حول تحديد ما يقطع عقوبة للسرقة.

---

[٥٥] سورة النور، الآية ٢.

[٢] سورة المائدة، الآية ٣٨.

٦٨- التجريم والعقاب في نصوص القرآن الكريم:

تضمن القرآن الكريم الأحكام الأساسية في التجريم والعقاب، وبلغت عدة الآيات في هذا الشأن نحو ثلاثين آية.

وآيات التجريم والعقاب في القرآن قسمان: قسم تفصيلي بين في دقة وتحديد وإحكام القواعد الخاصة بتحديد أركان وعقوبات بعض الجرائم، وهي أهم الجرائم، ونعني بها جرائم الحدود والقصاص والدية، فقد وردت في القرآن الكريم الآيات الخاصة بجرائم الحدود، وجرائم القصاص، وجرائم الدية. وقد تضمنت هذه الآيات البيان التفصيلي لأحكام هذه الجرائم.

والقسم الثاني من آيات التجريم والعقاب، إجمالي، إذ أشار إلى أفعال ضارة بالمجتمع أو خطرة عليه. ومن ثم فهي في ذاتها جديرة بالتجريم والعقاب، وأهمية هذه الآيات هي في بيانها المجال الذي تستقي منه جرائم التعزير، فما أشارت إليه هذه الآيات من خبائث، وما تضمنته من نهي صريح عنها. وما ذكرته من إخلال هذه الأفعال بالقيم الإسلامية وإضرارها بالمجتمع الإسلامي، هو توجيه لهذا المجتمع إلى تجريم هذه الأفعال والعقاب عليها في صورة "التعزير". ولم يتضمن القرآن الكريم تفصيل أحكام هذه الجرائم على نحو ما فعل بالنسبة لجرائم الحدود والقصاص والدية، ذلك أن هذه الجرائم يتصور أن تختلف أحكامها وعقوباتها باختلاف العصور والأماكن، فوضع القرآن الكريم مبدأ وجوب تجريمها، تاركاً تفصيل ذلك للقاضي أو للشارع الوضعي الإسلامي.

والآية الشاملة في هذا المجال هي قول الله تعالى «وَلاَ تَقْرَبُواْ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ»[٥٦]، وقوله تعالى «إِنَّ اللّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ وَإِيتَاء ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاء وَالْمُنكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ»[٥٧].

ومن الآيات التفصيلية، أي التي أشارت إلى فئات من الأفعال اعتبرتها جديرة بالتعزير، ما يتعلق بالأفعال الآتية:

الربــا: في قوله تعالى «الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لاَ يَقُومُونَ إِلاَّ كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُواْ إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَن جَاءهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانتَهَىَ فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللّهِ وَمَنْ

(٥٦) سورة الأنعام، الآية ١٥١. (٢) سورة النحل، الآية ٩٠.

عَادَ فَأُوْلَـئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ يَمْحَقُ اللّهُ الْرِّبَا وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ وَاللّهُ لاَ يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ"[٥٨].

أكل أموال الناس بالباطل والرشوة: في قوله تعالى: «وَلاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقاً مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ»[٢].

خيانة الأمانة: في قوله تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَخُونُواْ اللّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُواْ أَمَانَاتِكُمْ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ»[٣].

السب والتنابز بالألفاظ والأسماء: في قوله تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ يَسْخَرْ قَومٌ مِّن قَوْمٍ عَسَى أَن يَكُونُوا خَيْراً مِّنْهُمْ وَلا نِسَاء مِّن نِّسَاء عَسَى أَن يَكُنَّ خَيْراً مِّنْهُنَّ وَلا تَلْمِزُوا أَنفُسَكُمْ وَلا تَنَابَزُوا بِالأَلْقَابِ بِئْسَ الاسْمُ الْفُسُوقُ بَعْدَ الإِيمَانِ وَمَن لَّمْ يَتُبْ فَأُوْلَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ»[٤].

الظن والتجسس والغيبة: في قوله تعالى «يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيراً من الظن إن بعض الظن إثم، ولا تجسسوا، ولا يغتب بعضكم بعضاً، أيحب أحدكم أن يأكل لحم أخيه ميتاً فكرهتموه، واتقوا الله إن الله تواب رحيم»[٥].

تطفيف الكيل والميزان: في قوله تعالى «وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ، الَّذِينَ إِذَا اكْتَالُواْ عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ، وَإِذَا كَالُوهُمْ أَو وَّزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ، أَلا يَظُنُّ أُولَئِكَ أَنَّهُم مَّبْعُوثُونَ، لِيَوْمٍ عَظِيمٍ، يَوْمَ يَقُومُ النَّاسُ لِرَبِّ الْعَالَمِينَ»[٦].

المطلب الثاني
السنة النبوية

٦٩- تعريف:

السنة النبوية هي المصدر الثاني للشريعة الإسلامية بعد القرآن الكريم، وهي مستمدة منه ومكملة لما ورد فيه من أحكام، ولا تتناقض معه أو تنحرف عنه، بأي حال.

---

[٥٨] سورة البقرة الآيتان ٢٧٥ ، ٢٧٦.
[٢] سورة البقرة الآية ١٨٨.
[٣] سورة الأنفال الآية ٢٧.
[٤] سورة الحجرات الآية ١١.
[٥] سورة الحجرات الآية ١٢.
[٦] سورة المطففين الآيات ١-٦ .

وتعريف السنة أنها ما صدر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من قول، أو فعل، أو تقرير. وتعرف السنة بصدورها عن الرسول، فألفاظها من عنده، أما معانيها، وما تضمنته من أحكام فهي إما وحي مباشر، وإما إقرار من الله تعالى لها.

والسنة باعتبارها مصدراً للشريعة الإسلامية تقتصر على الجانب التشريعي، وهي بذلك تقرر أحكاماً تنظيمية للمجتمع الإسلامي وما يقوم فيه من علاقات بين أفراده، وما يقوم من علاقات بينه وبين مجتمعات أخرى.

وبناء على ذلك، فإنه لا يعتبر من السنة في المدلول السابق ما صدر عن الرسول صلى الله عليه وسلم بمقتضى طبيعته الإنسانية من تناول طعام أو ارتداء لباس أو استخدام وسيلة انتقال معينة، إذ لا يقصد بذلك وضع قواعد تشريعية. ولا يعتبر من السنة كذلك ما صدر عن الرسول بمقتضى خبرته الإنسانية في تدبير شئون الحياة، كأسلوب معين في التجارة، أو تنظيم جيش للقتال، واختيار أسلحة معينة له، أو استعمال علاج لمرض أو وصفة لمريض. ولا يعتبر من السنة كذلك ما صدر عن الرسول، وكان خاصاً به، مما يعني أنه ليس أسوة لمن سواه من المسلمين، كزواجه أكثر من أربع نساء[٥٩].

ويعني ذلك أن يقتصر تعبير السنة – في مدلولها التشريعي – على ما صدر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، وكانت له صفة التشريع، أي كان مقرراً قواعد عامة واجبة الاتباع والتطبيق في المجتمع الإسلامي.

٧٠- حجية السنة:

حجية السنة في معنى الالتزام بها ووجوب تطبيق ما تضمنته من أحكام، وبصفة خاصة التزام الحاكم باتباع ما قررته من أحكام، والتزام القاضي بتطبيق هذه الأحكام، والتزام عامة المسلمين وخاصتهم بمطابقة سلوكهم فعلاً وامتناعاً لها، كل ذلك ثابت على وجه لا جدال فيه، في آيات قطعية الدلالة من القرآن الكريم. ونشير بصفة خاصة إلى قول الله تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَطِيعُواْ اللّهَ وَأَطِيعُواْ الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً»[٦٠]، وقوله

---

[٥٩] الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، الطبعة السادسة سنة ١٩٥٤ ص ٤٢.

[٦٠] سورة النساء، الآية ٥٩.

تعالى «ولَوْ رَدُّوهُ إِلَى الْرَّسول وإِلَى أُولِي ٱلأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ"[٦١]، وقوله عز وجل "ومَا كانَ لمُؤْمِنٍ ولاَ مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى الله ورَسُولُهُ أمْرَاً أنْ يَكُونَ لَهُمُ الخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ»[٦٢]، وقوله سبحانه «فَلاَ ورَبِّكَ لاَ يؤمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجَاً مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمَاً»[٦٣]، وقوله تعالى «ومَا أَتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوه ومَا نَهَاكُمْ عَنْه فَانْتَهُوا»[٦٤].

ويعني ذلك أن التسليم بالقرآن الكريم يلزم عنه بالضرورة التسليم بالسنة النبوية، إذ أن التسليم بها مأمور به من القرآن.

وبالإضافة إلى ذلك، فقد أجمع المسلمون في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، ومن بعده جيلاً بعد جيل على حجية السنة، والالتزام بكل ما تضمنته من أحكام ولم يعرف في ذلك مخالف، فكان الصحابة رضوان الله عليهم، إذا لم يجدوا في كتاب الله حكماً في موضوع معين، تحروا الحكم في سنة الرسول، ولا يتحولون إلى اجتهاد الرأي طالما كان الموضوع في حكم قررته السنة، "فكل قول يؤخذ ويرد إلا قوله عليه الصلاة والسلام فإنه يؤخذ ولا يرد". وقد قال معاذ بن جبل حينما سأله الرسول بم يقضي "إن لم أجد في كتاب الله ما أقضي به قضيت بسنة رسول الله". وقد أقره الرسول على ذلك. وأجمع عليه المسلمون في جميع العصور في الفتوى والقضاء.

٧١- أنواع الســـنة:

يستخلص من تعريف السنة بأنها ما صدر عن الرسول صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير أنها أنواع ثلاثة: سنة قولية، وسنة فعلية، وسنة تقديرية. ولا فرق بين هذه الأنواع الثلاثة من حيث حجية ما تقرره من أحكام، فكل حكم ورد في أحد هذه الأنواع واجب الاتباع.

٧٢- موضع السنة بالنسبة للقرآن:

السنة هي المصدر الثاني للشريعة الإسلامية، وهي تتكامل معه، فالنظام الإسلامي لا تكتمل عناصره وتتضح معالمه إلا بالجمع بين الأحكام الواردة في القرآن والأحكام الواردة في السنة. ويجمع بين القرآن والسنة أن ما يقرره كل

---

[٦١] سورة النساء، الآية ٨٣.

[٢] سورة الأحزاب، الآية ٣٦.

[٦٣] سورة النساء، الآية ٦٥.

[٤] سورة الحشر، الآية ٧.

منهما من حكم أو معنى هو من عند الله تعالى، وإنما يختلفان من حيث أن ألفاظ القرآن هي من عند الله تعالى في حين أن ألفاظ الحديث هي من عند رسول الله.

والسنة مستوحاة من القرآن، فهي خلاصة وحي مصداقاً لقوله تعالى "وما ينطق عن الهوى"[٦٥].

وفي المواضع التي تقرر السنة حكماً لم يثبت في القرآن، وتكون اجتهاداً للرسول، فإنه صلى الله عليه وسلم يجتهد في نطاق القرآن ويستلهم في اجتهاده روح القرآن ومبادئه واتجاهاته على نحو تجيء معه الأحكام التي قررتها السنة متسقة مع ما قرره القرآن من أحكام، بحيث لا يتصور أن يأتي بينهما تناقض قط، وإنما ينتظمان معاً في نطاق نظام تشريعي متكامل العناصر والمعالم. فالرسول إذا اجتهد فهو يقيس على حكم ورد في القرآن أو يستلهم من الاتجاهات العامة للقرآن الحكم الذي يقرره. ولذلك جاز القول بأن القرآن هو مصدر السنة، وأن مرد الشريعة كلها إلى القرآن الكريم، فالحكم إما ورد فيه مباشرة، وإما استخلص منه بقول أو فعل أو تقرير صدر عن رسول الله، فكان بدوره حكماً صادراً عن القرآن كذلك.

٧٣- دور السنة بالنسبة للقرآن:

دور السنة بالنسبة للقرآن أنها مقررة حكماً ورد فيه أو مفصلة حكماً مجملاً ورد فيه، أو منشئة حكماً سكت عنه.

ويعني ذلك أنها إما مقررة، أو مفصلة، أو منشئة. وقد قال الإمام الشافعي في ذلك "لم أعلم من أهل العلم مخالفاً في أن سنن النبي صلى الله عليه وسلم من ثلاثة وجوه: أحدها، ما أنزل الله عز وجل فيه نص كتاب فسن رسول الله مثل نص الكتاب، والآخر ما أنزل الله عز وجل فيه جملة فبين عن الله معنى ما أراد، والوجه الثالث ما سن رسول الله مما ليس فيه نص كتاب".

ونذكر فيما يلي أمثلة لكل نوع من أنواع السنة في مجال التجريم والعقاب:

فمثال السنة التي أكدت وقررت حكماً ورد في القرآن دون أن تضيف إليه أو تفصل مبهمه أو تقيد مطلقه أو تخصص عامه، هو قول رسول الله صلى الله عليه

---

[٦٥] سورة النجم، الآية ٣.

وسلم: "إذا قتل قتيل فأهله بين خيرتين: إن أحبوا قتلوا، وأن أحبوا أخذوا العقل" (أي الدية) وقوله "من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يفتدي وإما أن يقتل". فهذا الحديث لم يضف جديداً إلى قول الله تعالى "كُتِبَ عَلَيْكُم القِصَاصُ فِي القَتْلَى الْحُرُّ بالحُرِّ والعَبْدُ بالعَبْدِ والأُنْثَى بالأُنْثَى، فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بالمَعْرُوفْ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بإحْسَانٍ"[٦٦]، بل جاء فحسب مؤكداً ومقرراً ما ورد فيه، وفي مثل هذه الحالات، يكون للحكم الشرعي مصدران: آية القرآن وحديث الرسول.

ومثال السنة التي فصلت حكماً مجملاً ورد في القرآن، قول الرسول صلى الله عليه وسلم "لا قطع إلا في ربع دينار" إذ جاء تفصيلاً لقول الله تعالى «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا جَزَاء بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللّهِ»[٢]، فبين نصاب السرقة الموجبة للقطع. ومثال السنة المفصلة كذلك بيان السنة تفصيلاً أحكام الدية ومقاديرها، إذ فصلت آية الدية في قوله تعالى في صيغة من الإجمال «وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِناً إِلاَّ خَطَئاً وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَئاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلاَّ أَن يَصَّدَّقُواْ»[٣].

ومثال السنة التي خصصت حكماً عاماً ورد في القرآن، هو قول رسول الله صلى الله عليه وسلم "لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث زنا بعد إحصان ..."، فقد بين أن حد زنا المحصن هو قتله، وذلك بالإضافة إلى السنة العملية، إذ قضي الرسول برجم الزاني المحصن، فقضى برجم ماعز بن مالك والغامدية، وقد جاءت هذه السنة مخصصة لآية الزنا التي قضت على حد الجلد في صيغة من التعميم في قوله تعالى: «الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ»[٤]. ومثال السنة التي قيدت حكماً مطلقاً ورد في القرآن، فهو قول الرسول صلى الله عليه وسلم "لا يقتل والد بولده"، وقوله "أنت ومالك لأبيك"، فقد جاءت مفيدة آية القصاص التي يجري حكمها على إطلاقه على كل قاتل.

أما السنة التي أنشأت حكماً لم يرد في القرآن (وإن كانت – على ما قدمنا – تجري في إطار روحه ومبادئه العامة) فمثالها إنشاء نظام "دفع الصائل"، وهو ما يقابل في مصطلح الفقه الوضعي "الدفاع الشرعي". وقد ورد أحد تطبيقاته في قول الرسول "لو أن رجلاً اطلع في بيت قوم بغير إذنهم ففقئوا عينه فلا دية له

---

[٦٦] سورة البقرة، الآية ١٧٨.

[٢] سورة المائدة، الآية ٣٨.

[٣] سورة النساء، الآية ٩٢.

[٤] سورة النور ، الآية ٢.

http://www.rafatosman.com/

ولا قصاص". ومن أمثلتها كذلك، إنشاء نظام "القسامة"، ويعني هذا النظام أن يحلف خمسون رجلاً من أهل المحلة التي وجدت فيها جثة القتيل على أنهم لم يقتلوه، فإن حلفوا وجبت الدية في بيت المال، أما إذا نكلوا فيجب عليهم الدية، وصيغة اليمين التي توجه لكل رجل من الخمسين هي أن يحلف أنه ما قتله، ولا يعرف له قاتلاً. وأساس هذا النظام أن الرسول صلى الله عليه وسلم «اتجه لليهود الذين ظهرت جثة قتيل من الأنصار بينهم، وأمرهم أن يحلف منهم خمسون رجلاً، فأبوا، فقال للأنصار استحقوا، وجعل الرسول الدية على اليهود، لأنه وجد القتيل بين أظهرهم».

ومن أمثلة السنة المنشئة حكماً لم يرد في القرآن تقرير السنة حد الشرب، وهو حد لم يرد النص عليه في القرآن. ومنها كذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم "إنما الأعمـــال بالنيات، ولكل امرئ ما نوى"، إذ يقرر هذا الحديث وجوب الاعتداد بالنية في تقييم العمل الإنساني، ويترتب على ذلك وجوب الاعتداد بها في البنيان الشرعي للجريمة.

ومن أمثلة السنة المنشئة حكماً لم يرد في القرآن قواعد الإثبات في الحدود والقصاص واشتراط الرسول صلى الله عليه وسلم أربعة شهود على الزنى، وشاهدين من الرجال في سائر الحدود وفي القصاص. ومن أمثلتها كذلك اشتراط التحقيق قبل القضاء في الخصومة" وهو ما اتضح في سؤال الرسول ماعز بن مالك حينما أتاه مقراً بالزنا، عما إذا كان أراد بإقراره أنه قبل أو فاخذ ثم سؤاله له عما إذا كان به جنون وسؤاله الناس عن ذلك، وشمه فمه ليتحقق أنه ليس سكراناً، ومؤدى هذه السنة الفعلية أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بالحد (ويقاس عليه كل عقاب) لمجرد إقرار الجاني بالفعل المستوجب له، وإنما يتعين على القاضي أنه يحقق إقراره ليثبت لديه أنه صحيح، وأن جميع أركان الجريمة المستوجبة له قد توافرت.

المطلب الثالث

الإجمـــاع

٧٤- تعريف:

الإجماع هو انعقاد الاتفاق بين جميع المجتهدين في عصر من العصور تال على عصر رسول الله صلى الله عليه وسلم على حكم شرعي، في شأن واقعة أو مجموعة من الوقائع[٦٧].

والإجماع مصدر للحكم الشرعي الذي أجمع عليه، ويأتي في الترتيب بعد الكتاب والسنة.

وإذا ثبت الحكم بالإجماع اعتبر الحكم ثابتاً على وجه قطعي. ولم يعد هذا الحكم محلاً لاجتهاد فيما بعد، فلا يقبل من مجتهد أن يضعه موضع جدال أو ينكره.

ومحل الإجماع – في الأصل – هو حكم شرعي في شأن واقعة، ولكن محله قد يكون كذلك تفسير نص، أو علة الحكم الذي يقرره، أو استظهار وصفه.

٧٥- أركان الإجمـــاع:

المفترض الأساسي للإجماع هو أن ينعقد في عصر تال على عصر رسول الله، ذلك أنه في عصره يكون وحده المرجع التشريعي، ورأيه قاطع لا وجه للجدال فيه أو مخالفته، فهو صلى الله عليه وسلم المعصوم الذي لا ينطق عن الهوى، إن هو إلا وحي يوحى. أما بعد انتقاله إلى الرفيق الأعلى، فإن تعدد الآراء بين المجتهدين متصور، فإن اتفقوا جميعاً على حكم، قام الإجماع باتفاقهم.

ولا يجوز الظن أن إجماع المجتهدين يقوم بغير سند، أو يأتي من فراغ، ذلك أن كل مجتهد يقول بحكم إنما يعتمد على سند شرعي من نص أو قياس[٦٨]، إذ لا يتصور أن يقول مجتهد برأي لا يرجع إلى سند شرعي، وإلا ما كان هذا الرأي من الشريعة.

---

[٦٧] قال الإمام القرافي في تعريف الإجماع: "هو اتفاق أهل الحل والعقد من هذه الأمة في أمر من الأمور، ونعني بالاتفاق الاشتراك إما في القول أو الفعل أو الاعتقاد، وبأهل الحل والعقد المجتهدين في الأحكام الشرعية" شرح تنقيح الفصول ، الإمام القرافي.

[٦٨] وإن خالف بعض الأصوليين في جواز استناد الإجماع إلى مجرد القياس، أبو زهرة، رقم ٢٣٨ ص ٢٠٢.

وأركان الإجماع هي التالية:

يتعين أن يوجد في العصر الذي ينسب إليه الاجتهاد عدد من المجتهدين، ذلك أن الاتفاق الذي يقوم الإجماع به لا يتصور إلا بين عدد من الأشخاص. وبناء على ذلك لا يتصور الإجماع في عصر خلا من المجتهدين أو لم يوجد به غير مجتهد واحد ويقتضي ذلك أن يتوافر لكل ممن ينسب إليهم الإجماع وصف المجتهد وشروط الاجتهاد المقررة في علم أصول الفقه. ولذلك، فإنه إذا انعقد الاتفاق بين عدد من العلماء أو الباحثين في الشريعة الإسلامية الذين لا تتوافر لهم صفة المجتهد، فلا يقوم الإجماع باتفاقهم[٦٩].

ويتعين أن ينعقد الاتفاق بين جميع المجتهدين، على اختلاف أمصارهم، وبناء على ذلك، فإنه لا يقوم الإجماع باتفاق مجتهدي بلد واحد، فربما كان الصواب في رأي مخالف يقول به مجتهدو بلد آخر.

ويتعين أن يتفق جميع المجتهدين على الحكم الشرعي في الواقعة، أي أن ينعقد إجماعهم عليه، ومن هذا الشرط جاء تعبير الإجماع. وبناء على ذلك، فإن الأغلبية، ولو كانت ساحقة لا تقوم مقام الإجماع. فإذا اتفق المجتهدون على الحكم عدا واحداً كان له رأي مخالف، فلا ينعقد بذلك إجماع، إذ من الجائز أن يكون رأي ذلك الواحد هو الصواب.

والأصل أن يبدي كل مجتهد رأيه في الواقعة صراحة، سواء كان ذلك في صورة فتوى أو في صورة قضاء، ويثبت بعد ذلك اتفاقهم في الرأي. ويسمى هذا الإجماع "بالإجماع الصريح". ولا شك في حجيته. ولكن من الإجماع نوعاً يسمى "بالإجماع السكوتي"، ويفترض أن يبدى واحد من المجتهدين رأيه، فلا يعترض عليه سائر المجتهدين مما يعتبر اتفاقاً ضمنياً معه في الرأي. والإجماع السكوتي حجيته أدنى من الإجماع الصريح، بل إن اعتباره إجماعاً محل للجدل بين الأصوليين.

---

[٦٩] قال الإمام الشوكاني في هذا الشرط "الإجماع المعتبر في فنون العلم هو إجماع أهل ذلك الفن، العارفين به دون من عداهم، فالمعتبر في الإجماع في المسائل الفقهية قول جميع الفقهاء، ولو خالف أهل الإجماع واحد منهم لا يعد الإجماع قد انعقد، ولا يقال هذا شاذ، لأن من كان واحداً منهم مرتبطاً بأصولهم لا يعد شاذاً إذا خالفهم"، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول.

٧٦- السند الشرعي للإجماع:

للإجماع سنده من الكتاب والسنة والمنطق الشرعي.

ففي القرآن الكريم ورد قول الله تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَطِيعُواْ اللّهَ وَأَطِيعُواْ الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنكُمْ»[٧٠]، وتعبير "أولي الأمر منكم" يشمل – في جزء منه – العلماء المجتهدين، فهو أولو الأمر في الدين، وبذلك يكون إجماع المجتهدين على حكم شرعي معين واجب الإطاعة. ويقول الله تعالى كذلك «ولَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُوْلِي الأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنبِطُونَهُ مِنْهُمْ»[٢] ومؤدى ذلك وجوب رد الحكم إلى أولي الأمر، وذلك بعد الأمر برده إلى الرسول. وتوعد الله تعالى من يشاقق الرسول، ويتبع غير سبيل المؤمنين، فقال سبحانه «وَمَن يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِن بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَى وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّى وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ وَسَاءتْ مَصِيراً»[٣]، وقد سوت هذه الآية الكريمة بين من يتبع غير سبيل المؤمنين ومن يشاقق الرسول.

وفي السنة وردت أحاديث تفيد نسبة العصمة من الخطأ إلى الأمة. ولما كان إجماع مجتهدي الأمة على حكم إنما هو حكم الأمة التي يمثلها مجتهدوها، فيكون مؤدى ذلك بالضرورة نسبة الصواب إلى هذا الحكم. فيقول الرسول صلى الله عليه وسلم «لا تجتمع أمتي على خطأ»، ويقول كذلك «لم يكن الله ليجمع أمتي على الضلالة»، ويقول أيضاً «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن».

وفي النهاية فإن سند الإجماع من المنطق الشرعي هو أن المجتهد إذا قال بحكم فلا بد أن يكون لحكمه سند شرعي، لأنه لا يجوز له أن يقول بحكم دون أن يكون له سند من دليل شرعي، وقد يكون السند نصاً في القرآن أو السنة، وقد يكون قياساً، وبذلك يكون إجماع المجتهدين على حكم هو إجماع على وجود سند شرعي لهذا الحكم. وإذا وجد السند وجد الحكم الشرعي حتماً. وهذا السند دلالته على الحكم قطعية بالضرورة، لأنها لو كانت ظنية، كانت بطبيعة الحال موضع اختلاف في الرأي، وما كان متصوراً الإجماع عليها. فالإجماع على حكم هو في حقيقته إجماع على وجود سند شرعي قطعي الدلالة[٤].

---

[٧٠] سورة النساء، الآية ٥٩.

[٢] سورة النساء، الآية ٨٣.

[٣] سورة النساء، الآية ١١٥.

[٤] الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف، ص ٤٨.

٧٧- الإجماع الصريح والإجماع السكوتي:

يفترض الإجماع الصريح أن الموضوع الذي يراد تحديد الحكم الشرعي فيه قد عرض على جميع المجتهدين، فأبدى كل منهم رأيه فيه صراحة، سواء بفتوى أو قضاء، وتبين اتفاق جميع آرائهم على الحكم فيه. أما الإجماع السكوتي، فيفترض أن أحد المجتهدين أو بعضهم قد أبدى رأيه في شأن الحكم الشرعي في موضوع معين، فسكت سائر المجتهدين عن معارضته، فيفترض موافقتهم عليه إذ لو كان أحدهم معارضاً له لصرح بمعارضته، ويتحقق الإجماع بذلك افتراضاً.

ولا شك في أن الإجماع الصريح أقوى حجية من الإجماع السكوتي، فجميع أركان الإجماع متوافرة له يقيناً، وهو قطعي الدلالة على حكمه، إذ لا شك في تحققه، وبناء على ذلك، فهو يجعل الحكم في الواقعة مقطوعاً به، فلا يجوز أن يكون محلاً لاجتهاد لاحق، أما الإجماع السكوتي، فقد يثور الشك حول تحققه، فمن الجائز أن تفسر السكوت أسباب أخرى غير الموافقة: قد تكون عدم دراسته للموضوع الدراسة الكافية، وقد تكون الخوف من خطر يتعرض له إذا أبدى معارضته، والأصل "ألا ينسب لساكت قول". ولذلك ذهب الجمهور إلى نفي الحجية عنه.

ولكن فقهاء الحنفية يقرون للإجماع السكوتي بحجيته، ذلك أن كل مجتهد، بالنظر إلى مسئوليته الدينية والعلمية ملزم بإبداء رأيه حينما يطلب منه بيان الحكم الشرعي في واقعة، فإذا عرض عليه رأي أبداه مجتهد آخر، فسكت عن إبداء معارضه له، ولم يثبت وجود مانع يحول بينه وبين إبداء هذه المعارضة، فإنه يتعين تفسير سكوته على أنه موافقة على هذا الرأي، بما يوفر أركان الاجتهاد .

ونحن نرى صواب هذا الرأي، فالسكوت في موضوع يتعين فيه إبداء الرأي يعتبر انضماماً إلى الرأي الذي أبدى في هذا الشأن. والحالات التي يقال بتحقق الإجماع في شأنها، على عهد الصحابة رضوان الله عليهم، إنما كانت إجماعاً سكوتياً، ويقال في المؤلفات الفقهية إن الإجماع مصدر هذه الأحكام. ونرى أن الأحكام التي ثبت الإجماع فيها على هذا النحو يتعين أن تعتبر قطعية الدلالة، بما ينفي – كالإجماع الصريح – احتمال أن تكون موضوعاً لاجتهاد في عصر لاحق.

٧٨- دور الإجماع كمصدر للأحكام الشرعية:

قدمنا أنه يتعين أن يكون للإجماع سند شرعي، من نص أو قياس، ويثير ذلك التساؤل لماذا لا ينسب الحكم الشرعي إلى النص أو يسند إلى القياس، طالما وجد أحدهما، وما وجه الحاجة للقول بأن مصدر الحكم هو الإجماع.

إن الإجابة على هذا التساؤل أن مصدر الإجماع قد يكون ظني الثبوت أو ظني الدلالة، فإذا قام الإجماع في شأنه تحول إلى قطعي الثبوت أو قطعي الدلالة. وإذا استند الإجماع إلى القياس صار الحكم المستخلص بالقياس قطعياً، على الرغم من أن القياس بطبيعته موضع للاختلاف في الرأي فيكون من شأن الإجماع أن يحول الحكم الثابت بالقياس من حكم ظني إلى حكم قطعي[٧١]. وتطبيقاً لذلك، فإنه إذا تعارض نص انعقد الإجماع على الحكم الذي يدل عليه مع نص آخر لم ينعقد الإجماع على حكمه، قدم الأول، لأن الإجماع دعمه.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن للإجماع أهميته، في أن الحكم ينسب إليه مباشرة، فتزول الحاجة إلى التساؤل عن سنده، ومن شأن ذلك إدخال التبسيط والتيسير على استنباط الحكم الشرعي.

٧٩- الإجماع في مجال التجريم والعقاب:

بعض الأحكام الشرعية في مجال التجريم والعقاب مصدره الإجماع، وأهم هذه الأحكام تجريم شرب الخمر، واعتباره أحد الحدود، فقد انعقد الإجماع عليه، وإن قام الخلاف حول عدد الجلدات التي توقع على شارب الخمر. ومن هذه الأحكام كذلك تقرير أن القتل بالسوط وما يشبهه مما لا يقتل به عادة، لا قصاص فيه.

والإجماع مصدر لعديد من الأحكام الشرعية في غير مجال التجريم والعقاب[٧٢].

٨٠- مدى إمكان تحقق الإجماع:

---

[٧١] الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، ص ٢٠٣.

[٧٢] وأهم أمثلة لذلك الإجماع أن الجدة لها السدس من التركة تنفرد به الواحدة ويشترك فيه الأكثر من ذلك، والإجماع على أن الرجل لا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها، والإجماع على بطلان زواج المسلمة من غير المسلم: الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، رقم ٢٠٢ ص ١٩٢.

إذا كان تعريف الإجماع انه "اتفاق جميع المجتهدين في عصر من العصور على حكم شرعي"، فقد ثار التساؤل عن مدى إمكان تحققه. وهذا التساؤل له محله بعد أن اتسعت رقعة العالم الإسلامي، وتعددت دوله، وأحياناً ضعفت العلاقات فيما بين بعض هذه الدول: فما المعيار الذي يعرف به المجتهدون في كل دولة؟ وقد تختلف المعايير بين الدول، وإذا أمكن حصر المجتهدين في العالم الإسلامي، فما السبيل إلى الجمع بينهم في مكان واحد والحصول على رأيهم في شأن حكم شرعي معين. وإذا قيل بالاتصال بهم في أوطانهم، وتجميع آرائهم، والتحقق من اتفاقها، فإن هذا السبيل لا شك عسير، على الرغم من تقدم وسائل الاتصال في الوقت الحاضر. وإذا حصلنا على آراء المجتهدين، وهم في أوطانهم، فما الضمان في أن أحدهم أو بعضهم لم يعدل عن رأيه قبل أن تؤخذ أراء سائرهم، ومع هذا الاحتمال لن يوجد اليقين بحصول الإجماع.

وهذا القول يرد عليه بأن الإجماع قد تحقق فعلاً في عهد الصحابة رضوان الله عليهم، فعديد من الأحكام تنسب إلى إجماع تحقق في ذلك العهد، وقد تقدمت أمثلة لذلك. وقد كان توافر أركان الإجماع متصوراً في ذلك العهد، فالمجتهدون، وأغلبهم من الصحابة كانوا يقيمون في المدينة، فكان من الميسور جمعهم وعرض الموضوع الذي يراد تحري حكم الشريعة فيه، والحصول على آرائهم والتحقق من اتفاقهم فيها، وإجماعهم على حكم شرعي معين.

وكانت أهم حالات الإجماع هي الإجماع السكوتي الذي يفترض – على ما قدمنا – أن يبدي أحد المجتهدين رأياً في شأن حكم شرعي في واقعة، سواء في صورة قضاء أو في صورة فتوى، وقد يكون صاحب هذا الرأي هو الخليفة نفسه في قضاء أصدره، فلا يعارضه أحد من المجتهدين، فيفسر ذلك على أنه إقرار لذلك الرأي.

والرأي الغالب في علم أصول الفقه أنه لم ينعقد إجماع بعد عهد الصحابة لتفرق المجتهدين في الأمصار، وصعوبة الجمع بينهم، وصعوبة الاتصال فيما بينهم، وزاد من هذه الصعوبة انقسام العالم الإسلامي إلى دول مستقلة فيما بينها، وأحياناً يتناءون ، على نحو يصعب معه الجمع بين مجتهدي كل منها.

ولكن يثور مع ذلك التساؤل عن إمكان تحقق الإجماع في وقتنا الحاضر الذي تقدمت فيه وسائل الاتصال والتخاطب على الرغم من بعد المكان، وتقدمت وسائل المواصلات كذلك بحيث غدا من الميسور أن ينتقل المجتهدون إلى مكان

يجتمعون فيه. نعتقد أن تحقق الإجماع ممكن، وإن كان توفير أركانه يحتاج إلى تنظيم دقيق: فمن المتصور أن تعين كل دولة أسماء مجتهديها، وفق ضوابط يتفق عليها، وأن يجتمع هؤلاء المجتهدون بصفة دورية في مكان معين في صورة "جمعية عامة"، على مثال "الجمعية العامة للأمم المتحدة"، وتعرض عليهم الموضوعات التي يراد تحري الحكم الشرعي فيها، وأهم هذه الموضوعات هو ما استحدث في التطور الحضاري الحديث، فإن اتفقوا على رأي اعتبر ذلك إجماعاً يحدد الحكم الشرعي في الموضوع المعروض. وإذا لم ينعقد الاتفاق بينهم، فإن ما يدور من مناقشات ويعرض من آراء سيكون مصدراً هاماً لإثراء الدراسات الشرعية.

وقد ذهب أحد الباحثين إلى القول بأن الإجماع في الوقت الحاضر يتخذ صورة اتفاق آراء أعضاء المجلس النيابي على حكم شرعي معين(٧٣). ولكن يرد على هذا الرأي بأن المجلس النيابي في دولة إسلامية معينة لا يشكل من مجتهدي هذه الدولة، وإنما يشكل من أعضاء يختارون وفق ضوابط سياسية لا صلة بينها وبين الشروط المتطلبة لاعتبار الشخص مجتهداً(٧٤). وإذا افترضنا جدلاً أن أعضاء هذا المجلس هم جميع مجتهدي هذه الدولة، فإن من المحقق أنهم ليسوا جميع مجتهدي العالم الإسلامي على اختلاف دوله، وهو ما يفترضه الإجماع. وبالإضافة إلى ذلك، فإن الأصول المستقرة في عمل المجالس النيابية المعاصرة أن القرارات تتخذ فيها بالأغلبية المطلقة، وليس بالإجماع على ما يفترضه الإجماع كمصدر للأحكام الشرعية. ولا تتطلب هذه المجالس لصحة انعقادها حضور جميع أعضائها. بل الغالب ألا يتحقق ذلك، ويكتفى بحضور أغلبية الأعضاء.

ومجمل القول أن ما يصدر عن المجلس النيابي في دولة إسلامية من رأي لا تتوافر له أركان الإجماع وحقيقة تكييفه أنه تشريع صادر عن ولي الأمر في هذه الدولة (أي السلطات العامة المختصة). وهذا التشريع يعترف به شرعاً، أو هو ممارسة لاختصاص خولته الشريعة لهذه السلطات.

---

(٧٣) الأستاذ عبد القادر عودة ، ج ١ رقم ١٣٢ ص ١٨٠.

(٧٤) الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة، رقم ٢٤٢، ص ٢٠٥.

المطلب الرابع

القــياس

٨١- تعريف:

القياس هو إلحاق واقعة لم يرد نص بحكمها، بواقعة ورد في شأن حكمها نص، لتشابه الواقعتين من حيث علة الحكم.

ويفترض القياس أنه قد ورد نص في الكتاب أو السنة قرر حكماً في شأن واقعة، ويتبين بالاجتهاد أن لهذا الحكم علته المتحققة في هذه الواقعة، فإذا ثبت توافر هذه العلة في واقعة أخرى قرر المجتهد لها ذات الحكم. ويقال في هذه الحالة إن الحكم أثبت للواقعة الثانية قياساً على الواقعة الأولى.

وأبرز مثال للقياس في مجال التجريم والعقاب تقرير عقوبة الجلد ثمانين جلدة لشرب الخمر قياساً على عقوبة القذف لتحقق العلة في الحالتين، وقد عبر عن اشتراك الحالتين في العلة قول الإمام علي كرم الله وجهه إن «شارب الخمر إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذي افترى»، والعلة المشتركة هي الافتراء. ومن أمثلته كذلك تحريم كل مسكر قياساً على تحريم الخمر الذي ورد في قول الله تعالى « إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ»[٧٥]، وذلك لاشتراكهما في ذات العلة، وهي الإسكار. ومن أمثلته أيضاً تقرير قاعدة أن قتل الموصى له الموصي يستوجب حرمانه من الوصية قياساً على قتل الوارث مورثه الذي يستوجب منعه من الميراث الذي ورد في قول الرسول صلى الله عليه وسلم «لا يرث القاتل» لعلة مشتركة هي استعجال الأمر قبل أوانه، فيرد عليه قصده، بحرمانه مما سعى إليه قبل أجله.

واعتبار القياس مصدراً للحكم الشرعي هو تطبيق لأصل أن "الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً": فإذا حددت علة الحكم، تعين تقرير ذلك حيثما يثبت وجود علته، بل وتعين نفيه إذا ثبت انتفاء علته. والقياس هو كذلك تطبيق لقانون التماثل الذي يوجب أن تكون الأمور المتماثلة حكمها واحداً، لأن اتحاد الفعلين في العلة يستلزم أن يكون حكمهما واحداً.

---

[٧٥] سورة المائدة، الآية ٩٠.

والرأي الغالب في الفقه هو الاعتراف بالقياس كمصدر رابع للأحكام الشرعية، يأتي بعد الكتاب والسنة والإجماع. ولم ينكر القياس غير قلة محدودة من الفقهاء[٧٦].

٨٢- حجية القياس:

للقياس كمصدر للحكم الشرعي حجيته من القرآن، والسنة، ومن أقوال الصحابة وأفعالهم، ومن المنطق الشرعي وذلك على التفصيل التالي:

(أ) **القرآن الكريم:** وردت في القرآن الكريم آيات تقرر حجية القياس: فيقول الله تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَطِيعُواْ اللّهَ وَأَطِيعُواْ الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً»[٧٧]. وتفسير هذه الآية أن الله تعالى يأمر المؤمنين إذا اختلفوا في أمر لم يرد في شأن حكم في الكتاب أو السنة أو فيما قرره أولو الأمر، أن يردوا الحكم في ذلك إلى الله ورسوله، ويُعَدُّ رداً للأمر على هذا النحو، إلحاق ما لا نص فيه بما ورد فيه نص، لتماثلهما في علة حكم النص، فمرجع القياس – على ما قدمنا – هو إلى النص. ومن ثم يكون القياس في حقيقته رداً للأمر إلى الله ورسوله.

ويقول الله تعالى «هُوَ الَّذِي أَخْرَجَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مِن دِيَارِهِمْ لِأَوَّلِ الْحَشْرِ مَا ظَنَنتُمْ أَن يَخْرُجُوا وَظَنُّوا أَنَّهُم مَّانِعَتُهُمْ حُصُونُهُم مِّنَ اللَّهِ فَأَتَاهُمُ اللَّهُ مِنْ حَيْثُ لَمْ يَحْتَسِبُوا وَقَذَفَ فِي قُلُوبِهِمُ الرُّعْبَ يُخْرِبُونَ بُيُوتَهُم بِأَيْدِيهِمْ وَأَيْدِي الْمُؤْمِنِينَ فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِي الْأَبْصَارِ»[٣]. ووجه الاحتجاج بهذه الآية الكريمة هو قوله تعالى: "فاعتبروا يا أولي الأبصار"، أي قيسوا أنفسكم بما حدث للكفار من أهل الكتاب الذين حكت الآية عنهم، فإن توافرت فيكم علة غضب الله عليهم حاق بكم مثل ما حاق بهم، لأن ما استوجب غضب الله هو علة ما أنزله من عذاب.

---

[٧٦] لا يجوز الظن بأن القياس مصدر مستقل عن النص ومنعزل عنه، لأنه في حقيقته رد إلى النص، فالحالة التي لا ينطبق عليها النص مباشرة ترد مع ذلك إليه على أساس أن العلة التي توافرت لحكم النص تتوافر كذلك في الحالة التي لم يرد في شأنها النص، ومن ثم يسري عليها حكم النص. وفي ذلك يقول الإمام الشافعي "كل ما نزل بمسلم ففيه حكم لازم، وعليه إذا كان بعينه اتباعه، وإذا لم يكن بعينه طلب الدلالة على سبيل الحق بالاجتهاد، والاجتهاد هو القياس". ويقول الإمام أبو زهرة "الحكم الشرعي يكون نصاً أو حملاً على نص بطريق القياس" أصول الفقه، رقم ١٦٧ ص ٢٠٩.

[٧٧] سورة النساء، الآية ٥٩.

[٣] سورة الحشر، الآية ٢.

ويقول الله تعالى «وَضَرَبَ لَنَا مَثَلاً وَنَسِيَ خَلْقَهُ قَالَ مَنْ يُحْيِي الْعِظَامَ وَهِيَ رَمِيمٌ قُلْ يُحْيِيهَا الَّذِي أَنشَأَهَا أَوَّلَ مَرَّةٍ وَهُوَ بِكُلِّ خَلْقٍ عَلِيمٌ»[٧٨]. ووجه الاستدلال بهذه الآية أن الله تعالى قاس بعث الموتى على خلق الناس أول مرة، فمن كان قادراً على الخلق لأول مرة، وهو قادر – بل ومن باب أولى – على بعض الموتى، بل أنه أهون عليه.

فالله سبحانه وتعالى في الآيات السابقة قد استعمل القياس إذ ربط بين المقدمات والنتائج والأسباب والمسببات، مما يعني أنه حينما وجدت المقدمة تعين أن تترتب النتيجة، وحينما توافر السبب تعين أن يتحقق المسبب. فإذا كان ذلك هو حكم الله تعالى، وقانونه الإلهي، فإن على المجتهدين أن يتبعوا هذا النهج، فيقرروا النتيجة والمسبب حيثما توافرت المقدمة والسبب، دون حصر ذلك في حالات بعينها.

(ب) السنة النبوية: أقر الرسول صلى الله عليه وسلم القياس كمصدر للحكم الشرعي في حديثه إلى معاذ بن جبل عندما ولاه قضاء اليمن حين سأله بم تقضي، فقال بكتاب الله، فإن لم أجد فبسنة رسول الله، فإن لم أجد اجتهد رأيي ولا آلو، فقال الرسول "الحمد لله الذي وفق رسول الله إلى ما يرضى الله ورسوله"، ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن الرسول أقر معاذاً على أن يجتهد رأيه إذا لم يجد نصاً في القرآن أو السنة، والاجتهاد يشمل القياس، فإقرار الاجتهاد هو إقرار للقياس، خاصة وأن إقرار الرسول للاجتهاد جاء مطلقاً، فلم يقصره على نوع من الاجتهاد بعينه.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن الرسول صلى الله عليه وسلم كان يستدل بالقياس في قضائه وفي آرائه، إذا لم يوح إليه بالحكم. وهذا النهج في استنباط الحكم ليس خاصاً بالرسول، إذ لم يقم دليل على اختصاصه به، ومن ثم فهو نهج تشريعي عام، يحق للمجتهدين الأخذ به، اقتداء بسنته.

ومن أمثلة أقيسته صلى الله عليه وسلم قوله بجواز حج الابن عن أبيه بعد وفاته قياساً على سداد الابن دين أبيه المتوفى. وقياس قبلة الصائم دون إنزال على مضمضته دون ابتلاع الماء، من حيث عدم الإفطار.

---

[٧٨] سورة يس، الآيتان ٧٨ ، ٧٩.

(ج) إجماع الصحابة: أجمع الصحـــابة على اعتبار القياس مصـــدراً للحكـــم الشرعي[٧٩]، ومن أظهر ما أثر عنهم في ذلك، قول عمر بن الخطاب في عهده إلى أبي موسى الأشعري حين ولاه قضاء الكوفة "ثم الفهم الفهم فيما أدلى إليك مما ورد عليك مما ليس فيه قرآن ولا سنة، ثم قايس بين الأمور عند ذلك، وأعرف الأمثال ثم أعمد فيما يرى إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق". وهذا العهد ذو أهمية كبيرة في تحديد معالم القضاء في الإسلام، وأسلوب عمل القاضي حينما تعرض عليه الدعوى، فأمر القاضي حين تعرض عليه وقائع ليس فيها قرآن ولا سنة، بأن يقايس بين الأمور، وأن يعرف الأمثال" هو توجيه أمر له بالاعتماد على القياس للتعرف على الحكم الشرعي حين لا يوجد في شأنه نص في القرآن أو السنة.

وقد أكد أهمية القياس الإمام على بن أبي طالب في قوله "ويعرف الحق بالمقايسة عند ذوي الألباب"، وهذه العبارة فيها إقرار لدور القياس، وهي تأكيد لما ورد في عهد عمر بن الخطاب. بل إن الإمام على طبق القياس، حينما قاس الشرب على القذف وقرر للأول حد الثاني، وأقره الصحابة على ذلك، مما يعتبر كذلك إجماعاً منهم على هذا الحكم، وإجماعاً كذلك على القياس الذي كان مصدراً له.

واعتمد الصحابة على القياس في رسم سياسة الدولة الإسلامية في صدر عهدها، فقد قاسوا خلافة أبي بكر الصديق لرسول الله صلى الله عليه وسلم على تكليف الرسول له بإمامة المسلمين في الصلاة عند مرضه، وحددوا علة هذا القياس بقولهم "رضيه رسول الله لديننا أفلا نرضاه لدنيانا". وقاسوا استئداء أبي بكر للزكاة على استئداء الرسول لها، وبناء على ذلك حاربوا مانعي الزكاة، وعلة هذا القياس أن خليفة رسول الله هو مثله من حيث سلطات رئاسة الدولة، فيكون له ما كان له.

(د) المنطق التشريعي: إن المنطق التشريعي يفرض إقرار القياس، واعتباره مصدراً للأحكام الشرعية، ذلك أن النصوص محدودة ومتناهية، في حين أن مصالح الناس وما يمكن أن يجد من وقائع، وخاصة بتأثير التطور، غير محدودة وغير متناهـــية: فإذا حصرنا مصادر الأحكام الشرعية في النصوص

---

[٧٩] ويقول في ذلك صاحب كشف الأسرار "إن مدرك الاحتجاج بالقياس إجماع الصحابة، فقد علمنا من تتبع أحوالهم في مجرى اجتهادهم أنهم كانوا يقيسون الفرع على الأصل عند ظن ما يظن أنه علة في الأصل وفي الفرع من غير توقف على دليل يدل على كون الأصول معللة، ودليل خاص على جواز القياس" كشف الأسرار، للإمام علاء الدين عبدالعزيز البخاري جـ٢، ص ١٠٢.

ما وجدنا حكماً لغير ما وردت في شأنه هذه النصوص، وقصرت النصوص بذلك عن مواجهة متنوعات ظروف الحياة ومستجدات التطور.

وبالإضافة إلى ذلك، فقد تقدم أن الأحكام الشرعية معللة، فكل حكم له علته المعقولة، وهذه العلة هي مناط حكمه، ودليل المصلحة التي استهدف الشارع الحكيم تحقيقها. فإذا ثبت تحقق علة النص في حالة غير التي ورد النص في شأنها وجب إعمال حكم النص في الحالة التي لم يرد في شأنها ولكن تحققت فيها علته استهدافاً لذات المصلحة التي ثبت أن الشارع يستهدفها. وعلى سبيل المثال، فإن الشارع قد حرم الخمر لعلة هي الإسكار ولمصلحة هي المحافظة على العقل، فإنه إذا ثبت أن مشروباً، أو أية مادة، تتحقق فيه ذات العلة وهي الإسكار والذهاب بالعقل، فإن من غير المعقول أن نقول بإباحته لأن النص لم يصرح بتجريمه، بل الأدنى إلى العقل والمنطق أن نقول بتجريمه بالنظر إلى تحقق علة التجريم، وثبوت المصلحة من التجريم[٨٠].

٨٣- أركان القياس:

أركان القياس أربعة:

الأصل: وهو ما ورد في حكمه نص. وقد يتقرر حكمه بالإجماع. أما إذا ثبت حكمه بالقياس، ففي جواز أن يعد أصلاً خلاف، ونرجح الرأي القائل بجواز ذلك.

ويسمى الأصل كذلك بالمقيس عليه، والمحمول عليه، والمشبه به.

الفرع: وهو ما لم يرد في حكمه نص أو إجماع، ويهدف القياس إلى إلحاقه بالأصل من حيث الحكم.

ويسمى الفرع كذلك بالمقيس، والمحمول، والمشبه.

الحكم: وهو الحكم الشرعي الذي ورد به النص أو الإجماع، أو القياس، ويراد بالقياس امتداده إلى الفرع.

---

[٨٠] وفي ذلك يقول المزني "الفقهاء من عصر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا استعملوا المقاييس في جميع الأحكام في أمر دينهم، وأجمعوا على أن نظير الحق حق، ونظير الباطل باطل، فلا يجوز لأحد إنكار القياس، لأنه تشبيه الأمور والتمثيل عليها". ويقول ابن القيم كذلك "مدار الاستدلال جميعه على التسوية بين المتماثلين، والفرق بين المختلفين، ولو جاز التفرقة بين المتماثلين لخرق الاستدلال وغلقت أبوابه".

العلة: وهي الوصف الذي بني عليه حكم الأصل، وثبت توافره في الفرع، وبناء على ذلك يقال بامتداد الحكم إليه.

وتعرف العلة كذلك بأنها "الوصف الظاهر المنضبط المناسب للحكم". وتعرف أيضاً بأنها "الوصف المتميز الذي يشهد له أصل شرعي بأنه يناط به الحكم"[٨١].

ولن نتعرض لدراسة هذه الأركان، إذ هي من موضوعات علم أصول الفقه، وقد أردنا بالإشارة إليها التعرف على ماهية القياس، لكي نتساءل بعد ذلك عن دوره في مجال التجريم والعقاب.

٨٤- دور القياس في مجال التجريم والعقاب:

يتعين في تحديد دور القياس في مجال التجريم والعقاب التمييز بين جرائم الحدود والقصاص والدية من ناحية، وجرائم التعزير من ناحية ثانية. ويتعين بعد تحديد دور القياس في هذه الجرائم التساؤل عن دوره في مجال الإباحة وامتناع المسئولية وامتناع العقاب، وعن دوره في مجال الإجراءات الجنائية.

٨٥- القياس في مجال الحدود والقصاص والدية:

تتميز جرائم الحدود والقصاص والدية بأنها "مقدرة" أي محددة على سبيل الحصر بنصوص وردت في الكتاب أو في السنة، وهذه النصوص حددت في صورة دقيقة الفعل الذي تقوم به كل من هذه الجرائم، وبينت هذه النصوص كذلك العقوبة المقررة لكل جريمة، وحددت نوع هذه العقوبة ومقدارها في صورة تقديرية.

وقد اختلف الرأي في مدى جواز القياس في هذه الجرائم والعقوبات، ففريق من الفقهاء أجازه وفريق حظره.

٨٦- القول بجواز القياس في مجال الحدود والقصاص والدية:

إن أهم ما احتج به هذا الرأي أن "القياس من دلائل الشرع"، أي أنه دليل من أدلة استنباط الأحكام الشرعية، ولم ترد قاعدة من نص أو إجماع على قصر حجيته على مجالات معينة من الشريعة، ومن ثم تعين أن تكون حجيته عامة،

---

[٨١] انظر في ذلك الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة، أصول الفقه رقم ٢٣٣، ص ٢٢٧.

وبناء على ذلك يجوز الاحتجاج به في جميع مجالاتها، ومن بينها العقوبات المقدرة.

واحتج هذا الرأي كذلك بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم إلى معاذ بن جبل، حين سأله كيف يقضي إذا لم يجد حكماً في الكتاب أو السنة، فقال "اجتهد رأيي"، وأقره الرسول على ذلك. وتعبير اجتهد رأيي يتسع – كما قدمنا – للقياس، ولم يقل أحد بأن اجتهاد الرأي، وما يدخل في نطاقه من قياس، غير جائز في مجال العقوبات المقدرة.

واحتج كذلك بأن الإمام على بن أبي طالب طبق القياس في مجال الحدود، فقد قاس شرب الخمر على القذف، وقرر للأول العقوبة المقررة للثاني، وقال في بيان علة هذا القياس إن "شارب الخمر إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى"، وقد وافقه الصحابة على ذلك، فكان إجماعاً.

٨٧- القول بعدم جواز القياس في مجال الحدود والقصاص والدية:

أهم ما احتج به هذا الرأي أن عقوبات الحدود والقصاص والدية مقدرة، فهي "مقدرات شرعية"، ولا تعرف علتها بالاجتهاد. وعلى سبيل التوضيح، فإن العقل لا يسعه أن يحدد علة الجلد للزنى وعلة تحديد عدد الجلدات، ولا يسعه أن يحدد علة القطع في السرقة، فهذه العلل استأثر الشارع بعلمها. فإذا كانت العلة غير معروفة استتبع ذلك امتناع القياس، لأن أساس القياس هو معرفة علة الحكم الذي أورده النص، فيمكن أن يقاس عليه.

وقد اعترض على هذا القول بأن التقدير وتجهيل العلة إنما يصدق على العقوبة، أما الفعل موضع التجريم فيمكن استنباط علة تجريمه، ومن ثم يمكن القياس عليها. وعلى سبيل المثال، فإن علة تجريم الزنى يمكن استنباطها، فهي قضاء الشهوة الجنسية بغير السبيل الذي أحله الله، وهذه العلة متحققة في اللواط والسحاق، فلماذا لا يقاسان عليها، وتكون لهما عقوبة الزنى.

ولكن رد على هذا الاعتراض بأن تقدير العقوبة يستتبع بالضرورة تقدير الفعل المقدرة له، إذ هو مقترن بها، ومرتبط بها ارتباطاً لازماً، فإذا كان القياس على العقوبة غير جائز، فإن القياس على الفعل الذي قررت له هذه العقوبة يكون كذلك غير جائز.

واحتج هذا الرأي كذلك بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم "ادرءوا الحدود بالشبهات". ومفهوم هذا الحديث أن الحد لا يثبت إلا بناء على دليل قطعي لا شبهة فيه. ولما كان القياس بطبيعته دليلاً ظنياً، إذ التعرف على العلة، والقول بامتداد الحكم بناء عليها، هو أمر تختلف فيه وجهات النظر، واختلاف وجهات النظر تقوم به شبهة، والشبهة تستبعد الحد، تطبيقاً للحديث السابق.

٨٨- ترجيح القول بعدم جواز القياس في مجال الحدود والقصاص والدية:

نرى ترجيح القول بعدم جواز القياس في مجال الحدود القصاص والدية. وأهم ما نراه سنداً لهذا الترجيح أن النصوص التي قررت هذه الجرائم وحددت عقوباتها قد صيغت في صورة من التحديد والحصر، إذ قد حددت في صورة واضحة الفعل الذي تقوم به الجريمة، بحيث لا يقوم احتمال بامتداد التجريم إلى غيره، ولا يقوم كذلك احتمال الخلط بينه وبين غيره، فألفاظ «الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي»، «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ»، "ورمي المحصنات"، هي ألفاظ واضحة الدلالة، ومراد لها التحديد، فالقياس عليها يصطدم بإرادة التحديد والحصر التي تكشف عنها هذه الألفاظ. وبالإضافة إلى ذلك، فإن عقوبة كل فعل من الأفعال التي تقوم بها هذه الجرائم محدودة من حيث جنسها ومقدارها، بحيث لا يجوز إبدالها بغيرها أو التصرف في مقدارها.

وعند استظهار النصوص التي وردت في شأن هذه الجرائم تتضح – من صياغتها الدقيقة المحكمة – إرادة الشارع الحكيم حصر هذه الجرائم، على نحو لا تجوز معه الإضافة إليها. فإذا كان الشارع لم ينص على جرائم أخرى، فقد دل ذلك على أن إرادته هي حصر هذه الجرائم في المجموعة التي نص عليها.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن هذه الجرائم خطيرة وعقوباتها جسيمة، ولذلك فإن مقتضيات حماية الحريات والحقوق الفردية تقتضي حصر الاختصاص بالنص عليها في الشارع، إذ أن تخويل هذا الاختصاص التشريعي لغيره قد يفتح باباً للافتئات على هذه الحقوق والحريات وقد يغري بعض الحكام باستعمال هذه العقوبات لأغراض سياسية بعيدة عن الأغراض المستهدفة شرعاً بهذه العقوبات.

ونلاحظ أن الحجج التي استند إليها القائلون بالقياس في الحدود غير حاسمة: فإذا كان القياس مصدراً عاماً للأحكام الشرعية، فإنه لا مانع من تحديد مجاله إذا ثبت أنه لا يلائم موضعاً معيناً، وقد ثبت ذلك – على ما تقدم – بالنسبة

للعقوبات المقدرة. أما قول معاذ بن جبل للرسول عليه الصلاة والسلام "اجتهد رأيي"، فهو لا ينصرف إلى القياس فحسب، وإنما يشتمل كل أساليب التفسير، وإذا كانت هذه العبارة عامة وتشمل مجال العقوبات المقدرة، فإن تطبيقها في هذا المجال، يقتصر على أساليب التفسير عدا القياس. وفي النهاية، فإن حد شرب الخمر، وإن استند ابتداء إلى القياس الذي قال به الإمام على بن أبي طالب، إلا أن سنده الحقيقي هو إجماع الصحابة الذين أقروا الإمام على رأيه، ويعني ذلك أن دليل هذا الحد ليس القياس، ولكنه الإجماع.

وإذا تبين لولي الأمر أن من مصلحة المجتمع الإسلامي العقاب على أفعال لا تعتبر من جرائم الحدود وتقرير عقوبة من جنس ما هو مقرر للجريمة ذات الحد، فإنه في وسعه أن يعاقب عليها تعزيراً، وتطبيقاً لذلك، كان له أن يعاقب على اللواط أو السحاق تعزيراً، ولا يعتبر ذلك قياساً على الزنى، وله أن يعاقب عليه بالجلد ولكن بشرط ألا يبلغ عدد الجلدات القدر المحدد للزنا. وله كذلك أن يعاقب على النصب وخيانة الأمانة، دون أن يعتبر ذلك قياساً على السرقة.

٨٩- القياس في مجال التعزير:

جرائم التعزير وعقوباتها لم يرد في شأنها نص في الكتاب أو السنة، وإنما ترك أمر تحديدها – سواء بتجريم الأفعال التي تقوم بها، أو تحديد عقوبة كل منها – لولي الأمر، وهو يفعل ذلك في ضوء ظروف مجتمعه، وهي متغيرة بتغير الأزمنة والأمكنة.

وقد قدمنا أن لولي الأمر أن ينتهج في ذلك أحد سبيلين: إما أن يخول القاضي تحديد هذه الأفعال وعقوباتها، وإما أن يتولى بنفسه تحديد ذلك في قانون عقوبات يصدره. وفي هذا السبيل الأخير قد يعترف للقاضي بسلطة القياس على النصوص التي تضمنها ذلك القانون، وقد يحظر عليه ذلك وهذه السبل جميعاً لا تناقض الشريعة، ولولي الأمر أن يختار من بينها ما يراه ملائماً لمجتمعه.

وغني عن البيان أنه إذا خول القاضي سلطة التجريم والعقاب في مجال التعزير، فإنه لا مفر من الاعتراف له بالحق في القياس، فهو يقيس الأفعال التي تعرض عليه، ولم يرد في شأنها نص في الكتاب أو في السنة، بالأفعال التي ورد نص في شأنها، ويقرر لها عقوبة من ذات جنس العقوبة المقررة للحد، فيقيس اللواط أو السحاق، ويقيس كذلك الأفعال التي تمس عرض المجني عليه

أو تخل بحيائه دون أن تبلغ مبلغ الزنى، يقيس ذلك على الزنى، ويقرر له عقوبة الجلد دون حد الزنى. وله كذلك أن يقيس النصب وخيانة الأمانة والغصب بالتهديد على السرقة ويقرر لها عقوبة دون القطع، قد تكون الجلد أو الحبس. وبطبيعة الحال، فإن القياس – على الوجه السابق – لن يجد فيه القاضي الغناء، إذ قد تعرض عليه أفعال تقتضي مصلحة المجتمع العقاب عليها دون أن يكون ثمة "أصل" تقاس عليه. وفي هذه الحالة يستمد التجريم والعقاب من المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية، وبعض هذه المبادئ قد قررتها – على ما تقدم – نصوص صريحة.

وإذا انتهج ولي الأمر المنهج الثاني، فأصدر قانون عقوبات يحدد فيه الجرائم التي يرى ملاءمة العقاب عليها والعقوبات المقررة لكل منها، فإنه يتصور – كما قدمنا – أن يرخص للقاضي بالقياس فيكون له أن يقيس الفعل المعروض عليه والذي لم يجد نصاً يجرمه على فعل ورد النص بتجريمه، ويقرر له عقوبته، إذا ثبت له اشتراكهما في علة التجريم والعقاب. وميزة هذه الخطة أنها تتيح تجريم الأفعال التي لم تدر بخلد واضع القانون أو يكشف عنها التطور الاجتماعي وذلك بدلاً من انتظار تعديل القانون، وقد يترامي ذلك زمناً ترتكب خلاله تلك الأفعال الضارة بالمجتمع أو الخطرة عليه. ويتصور كذلك أن يحظر ولي الأمر على القاضي القياس، فلا يكون له أن يعتبر فعلاً جريمة إلا إذا وجد في القانون نصاً يجرمه، ولا يجوز له أن ينطق بعقوبة غير تلك التي قررها ذلك النص، فيلتزم بذلك بمبدأ "لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون". وميزة هذه الخطة هي الحفاظ على الحريات والحقوق الفردية. وقد رجحنا فيما تقدم هذه الخطة، للاعتبارات التي فصلناها.

٩٠- الفرق بين القياس والتفسير الواسع:

القياس هو إلحاق حالة لم يرد في شأنها نص بحالة ورد في شأنها نص، من حيث الحكم لاتحادهما في العلة. وفي مجال التجريم والعقاب خاصة، فإن القياس يعني إلحاق فعل لم يرد بتجريمه نص بالفعل الذي ورد النص بتجريمه، لاشتراكهما في علة التجريم، وتقرير العقاب المنصوص عليه للفعل الذي لم يجرمه النص. ومؤدى ذلك أن القياس يفترض أن الفعل "المقيس" يقع خارج نطاق نص التجريم، ومع ذلك يقرر له العقاب الوارد في هذا النص.

أما التفسير الواسع، فيفترض البقاء في نطاق النص، وإنما يعطي ألفاظ النص مدلولا متسعاً بحيث تنطبق على عدد من الحالات تزيد على تلك التي يقول بها مفسر آخر يفسر النص تفسيراً ضيقاً. وبديهي أن المفسر لا يقول بالتفسير الواسع تحكماً، وإنما يستند في ذلك إلى المدلول اللغوي للفظ أو يستند إلى مدلوله الفقهي أو العرفي الاصطلاحي، ويرى بناء على ذلك اتساع نطاق النص بناء على هذا التفسير الواسع. وتطبيقاً لذلك، فإن المفسر إذا فسر لفظي « الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي» الواردين في الآية الكريمة، في معنى أن "الزنى" لغة وعرفاً لا يقتصر على الصلة الجنسية بين رجل وامرأة، وإنما يتسع كذلك للواط والسحاق، وقال بناء على ذلك بتطبيق عقوبته على هذين الفعلين، فإن ذلك لا يعتبر قياساً، ولكنه تفسير واسع. وإذا قال المفسر بأن تعبير "الحرز" الذي يعتبر الأخذ منه ركناً للسرقة يتسع فيشمل "القبر"، وقال بناء على ذلك بتطبيق حد السرقة على من يأخذ الكفن، فليس ذلك قياساً، ولكنه تفسير واسع.

ومجمل ذلك أن ضابط التفرقة بين القياس والتفسير الواسع، هو وقوع الفعل خارج نطاق النص أو وقوعه في داخله.

وإذا قلنا بحظر القياس في مجال التجريم والعقاب، كأصل عام، فإن ذلك لا يستتبع خطر التفسير الواسع للنص، طالما كان لذلك سنده من المدلول اللغوي أو العرفي لبعض ألفاظه.

٩١- جواز القياس في مجالات الإباحة وامتناع المسئولية وامتناع العقاب:

أن أصل حظر القياس في مجال التجريم والعقاب علته خشية أن يؤدي ذلك إلى تجريم أفعال لم يرد الشارع الحكيم تجريمها، وما يؤدي إليه ذلك من افتئات على الحريات والحقوق الفردية. وبناء على ذلك، فإنه إذا انتفت تلك العلة وجب أن ينتفي الحظر بدوره، تطبيقاً لمبدأ أن "الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً".

وإذا كنا في مجال الإباحة أو امتناع المسئولية أو امتناع العقاب، فإن علة حظر القياس لا تتوافر، إذ لن يترتب عليه توسع في نطاق التجريم العقاب، وإنما يؤدي إلى انحساره، وفي ذلك مصلحة محققة للمتهم، ولن يؤدي ذلك إلى إضرار بالمجتمع، لأن المفسر لن يقول به إلا حيث يقطع بأنه يطابق قصد الشارع ويحقق مصلحة للمجتمع.

وتطبيقاً لذلك، فإن حديث "دفع الصائل" الذي رواه أبو هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي ورد فيه "لو أن امرءاً اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح"، تضمن إباحة إتلاف العين في حالة إطلاع الصائل على قوم في بيتهم. ولكن يقاس على "الإطلاع" كفعل اعتداء كل فعل اعتداء آخر كالدخول في المسكن بغير إذن أو إتلاف المال، ويقاس من باب أولى الفعل الذي يهدد بالقتل أو الجرح أو المساس بالعرض. ويقاس كذلك على فقء العين كل فعل دفاع من شأنه رد الصيال، كقتل الصائل أو جرحه أو ضربه أو إتلاف سلاحه أو دابته التي يعتليها.

وما ورد في الحديث "رفع القلم عن المجنون حتى يفيق" يرد عليه قياس، إذ يجوز أن يقاس على المجنون الشخص المصاب بمرض عصبي أو نفسي أو مصاب بالصمم والبكم إذا ثبت أن علة عدم مساءلة المجنون، وهي "فقد الإدراك وحرية الاختيار"، متوافرة كذلك في الحالات المشار إليها، فيما تقدم.

وما ورد في آية الحرابة في قوله تعالى «إِلاَّ الَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُواْ عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ»[٨٢]، من تقرير مانع العقاب في حالة التوبة في جريمة الحرابة يمكن أن تقاس عليها التوبة من مرتكب جريمة أخرى قبل القدرة عليه، إذا رأي المفسر أن علة امتناع العقاب بالتوبة في الحرابة تتوافر بالتوبة في جريمة أخرى.

٩٢- جواز القياس في مجال الإجراءات الجنائية:

يجوز القياس في مجال الإجراءات الجنائية لأن علة حظره في مجال التجريم والعقاب لا تتوافر في المجال الإجرائي، ذلك أنه ليس من شأن القياس في هذا المجال التجريم والعقاب في غير الحالات التي قصدها الشارع، وليس من شأنه كذلك تهديد الحريات والحقوق الفردية. بل إن القياس في مجال الإجراءات الجنائية يبرره، بالإضافة إلى انتفاء علة حظره، أن النظام الإجرائي يجب أن يستكمل كل عناصره كي يصلح للتطبيق المحقق أهدافه، فإذا كان فيه نقص تعين إكماله، والقياس هو الوسيلة إلى ذلك.

وتطبيقاً لذلك، فإنه إذا كان الرسول صلى الله عليه وسلم طلب من ماعز بن مالك عندما أقر عنده بالزنى أن يقر أربع مرات استناداً إلى أن عدد الشهود

---

[٨٢] سورة المائدة، الآية ٣٤.

http://www.rafatosman.com/

المتطلب في هذه الجريمة هو أربعة شهود، مما يعني الربط بين عدد الشهود وعدد مرات الإقرار، فإنه يقاس على ذلك أنه في الجرائم الأخرى التي يشترط فيها شاهدان، فإنه يتعين أن يكون الإقرار مرتين[٨٣].

وتطبيقاً لذلك، فإنه إذا كان الرسول صلى الله عليه وسلم لم يكتف من ماعز بمجرد إقراره، وإنما حقق معه، ووجه إليه أسئلة متعددة لكي يتعرف على مدى جدية إقراره وصدقه، وبعث من يسأل عنه من يعرفونه عما إذا كان عرف عنه الجنون، فإن ذلك يستخلص منه أن التحقيق مطلوب في الجريمة قبل الحكم فيها، وأنه لا يجوز الاكتفاء بمجرد الإقرار. وهذه القاعدة "أي اشتراط التحقيق قبل الحكم" التي طبقت على الزنى تمتد قياساً إلى كل جريمة أخرى، أي تقاس الجريمة الأخرى على الزنى من حيث تطلب هذه القاعدة الإجرائية.

المطلب الخامس

الاستحسان

٩٣- تعريف:

الاستحســـان هو ترجيح قياس خفي على قياس جلي، أو هو في تعبير آخر عدول المجتهد عن مقتضى قياس جلي إلى مقتضى قياس خفي.

وللاستحسان نوع آخر، هو استثناء حالة جزئية من حكم كلي[٨٤].

ويفترض الاستحسان أن الواقعة لم يرد في شأنها نص، ويقوم في شأن حكمها وجهتان من النظر: إحداهما يقتضيها قياس عام، والثانية يقتضيها قياس يختص بها لما يميزها من ظروف معينة، فيرجح المجتهد القياس الثاني رعاية للمصلحة التي تقتضي حكماً خاصاً بها[٨٥].

---

[٨٣] الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة، رقم ٢٣٧، ص ٢٠١.

[٨٤] عرف أبو الحسن الكرخي الاستحسان بقوله "الاستحسان أن يعدل المجتهد عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول"، وعرفه أبن العربي بقوله "أيثار ترك الدليل والترخيص بمخالفته، لمعارضة دليل آخر في بعض مقتضياته". وعرفه ابن الأنباري بأنه " استعمال مصلحة جزئية في مقابل قياس كلي"، وعرفه ابن رشد، بقوله "الاستحسان الذي يكثر استعماله هو طرح لقياس يؤدي إلى غلق في الحكم ومبالغة فيه فعدل عنه في بعض المواضيع لمعنى يؤثر في الحكم يختص به ذلك الموضع".

[٨٥] يراجع الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف، ص ٨٧.

فالاستحسان في جوهره ترجيح قياس على قياس، والفرض أن لكل قياس سنده، وسند الترجيح المصلحة التي تجعل الحكم الذي يقتضيه القياس المرجح أدنى إلى تحقيق مصلحة أو دفع مفسدة.

ويفترض الاستحسان بالضرورة أنه لا يوجد في الواقعة نص، إذ لو وجد نص ما كان للقياس محل، وما كان من باب أولى محل لتعدد الأقيسة وترجيح أحدها.

٩٤- حجية الاستحسان:

حجية الاستحسان في استخلاص الحكم الشرعي مردها إلى أنه في حقيقته قياس، والقياس – كما تقدم – مصدر لا شك فيه لاستخلاص الحكم الشرعي في الواقعة بحمله على نص ورد في شأن واقعة تتحد معها في العلة. وتفصيل ذلك أن الاستحسان جوهره قياس توافرت له شروطه، ورأى المجتهد ترجيحه على قياسٍ آخر توافرت له كذلك شروطه، لأنه أدنى إلى تحقيق المصلحة، أو أكثر اتفاقاً مع القواعد العامة للشريعة في خصوص هذه الحالة بالذات.

وبناء على ذلك، فإن حجية الاستحسان مستمدة من حجية القياس. وقد أوضح ذلك الإمام الشاطبي بقوله "الاستحسان مقتضاه الرجوع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس، فإن من استحسن لم يرجع إلى ذوقه وتشهيه، وإنما رجع إلى ما علم من قصد الشارعِ في الجملة في أمثال تلك الأشياء المعروضة، كالمسائل التي يقتضي فيها القياس أمراً، إلا أنِ ذلك الأمر يؤدي إلى تفويت مصلحة من جهة أخرى، أو جلب مفسدة لذلك، وكثيراً ما يتفقِ مع الأصل الضروري أو مع الحاجي أو مع التكميلي أو يكون إجراء القياس مطلقاً في الضروري يؤدي إلى الحرج والمشقة في بعض موارده فيستثنى موضع الحرج".

وقد عارض بعض الأصوليين، وفي مقدمتهم الإمام الشافعيِ حجية الاستحسان، فقال إن "من استحسن فقد شرع"، أي ابتدع من عنده حكماً نسبه إلى الشريعة، وقال في تفصيل ذلك "أن الشريعة نص وحمل على نص بالقياس، وما الاستحسان؟ أهو منهما أم غيرهما؟ فإن كان منهما فلا حاجة إلى ذكره، وإن كان خارجاً عنهما فمعنى ذلك أن الله تعالى ترك أمراً من أمورِ الناس من غير حكم، وذلك يناقض قوله تعالى «أَيَحْسَبُ الإِنسَانُ أَن يُتْرَكَ سُدًى»[٨٦]، فالاستحسان الذي لا يكون قياساً ولا إعمالاً لنص يناقض تلك الآية الكريمة".

---

[٨٦] سورة القيامة، الآية ٣٦.

وهذا النقد محل نظر، ذلك أن استنباط الحكم بالاستحسان ليس استنباطاً بالهوى، وإنما هو – على ما تقدم – استنباط بالقياس الذي يرجح على قياس آخر ينازعه الحكم، سواء في عموم الموضوع أو في جزئية منه. ويعني ذلك أن من استحسن لم يشرع ابتداء، ولم يحكم بالهوى، وإنما هو اعتمد على مصدر مجمع على حجيته، هو القياس، وأن تميز عن القياس في مدلوله العام بخفائه في مقابل قياس ظاهر، أو بتعلقه بجزئية فقط.

٩٥– أنواع الاستحسان:

الاستحسان في ماهيته نوعان: ترجيح قياس خفي على قياس جلي في عموم الموضوع، وترجيح قياس خفي في جزء من الموضوع، بما يعني تقرير استثناء هذه الجزئية من سائر جزئيات الموضوع من حيث الحكم. ومثال النوع الأول ما قرره فقهاء المذهب الحنفي من أنه إذا اختلف البائع والمشتري في مقدار الثمن قبل تسليم المبيع، فإنهما يتحالفان استحساناً، في حين أن القياس أنه لا يحلف البائع. ووجه القياس أن البائع يدعي الزيادة في حين ينكرها المشتري، والقاعدة أن البينة على من أدعى واليمين على من أنكر، ومن ثم فلا يمين على البائع. ووجه الاستحسان أن البائع مدع ظاهراً بالنسبة إلى الزيادة، ومنكر حق المشتري في تسلم المبيع بعد دفع الثمن الذي يدعيه. ومن ناحية ثانية، فإن المشتري منكر ظاهراً الزيادة التي يدعيها البائع، ومدع تسلم المبيع بعد الثمن الذي يقدره، فكل منهما مدع ومدعى عليه في ذات الوقت، فيتحالفان بناء على ذلك. وتوضيح الاستحسان في هذا الفرض أن القياس الظاهر يقتضي إلحاق هذه الواقعة بكل واقعة يثور فيها الخلاف بين مدع ومنكر، فتكون البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، والقياس الخفي هو إلحاق هذه الواقعة بكل واقعة بين متداعيين: كل منهما مدع ومنكر في ذات الوقت، ومن ثم يتحالفان.

ومثال النوع الثاني أن الشارع نهي عن التعاقد على المعدوم، والاستحسان جواز التعاقد على الإجارة والمزارعة والاستصناع، وجميعها عقود ترد على معدوم وقت التعاقد، ووجه الاستحسان حاجة الناس عليها وتعارفهم عليها.

٩٦– تقسيم الاستحسان من حيث مصدره:

الاستحسان من حيث مصدره أنواع أربعة: استحسان مصدره القياس، وهو ما تقدم تفصيله. واستحسان مصدره السنة، ويفترض أنه قد ورد في السنة من طرح القياس في موضع ورودها، ومثال ذلك حديث "إذا اختلف المتبايعان

والسلعة قائمة تحالفاً وتراداً"، ومن ذلك أيضاً ما ورد عن صحة الصيام مع أكل الطعام أو شربه ناسياً.

واستحسان مصدره الإجماع، ويفترض أن يطرح القياس في فرض معين لانعقاد الإجماع على غير ما يؤدي إليه، ومثال ذلك انعقاد الإجماع على صحة عقد الاستصناع، في حين كان يقتضي القياس بطلانه لانعدام محله وقت التعاقد.

واستحسان مصدره الضرورة، وسنده قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"، وهدفه رفع الحرج ودفع العسر، مصداقاً لقوله تعالى "وما جعل عليكم في الدين من حرج".

٩٧- تطبيقات الاستحسان في الفقه الجنائي:

للاستحسان تطبيقات عديدة في مجال التجريم والعقاب، نشير إليها في سياق الدراسة، ونكتفي في هذا الموضع بالإشارة إلى تطبيقين.

الأول: أنه إذا أحدث المتهم جرحاً بالمجني عليه، فإن القياس أن ينزل بالمتهم القصاص صورة ومعنى، أي أن يحدث به جرحاً مماثلاً. ولكن من العسير أن يكون الجرح عقوبة مماثلاً للجرح جريمة، فكان الاستحسان أن يعدل عن القصاص إلى الدية، وقد يضاف إليها التعزيز.

والثاني: أنه إذا ضرب المتهم المجني عليه فأحدث به شللاً في أحد أطرافه، فالقياس أن يضرب المتهم بحيث يحدث بطرفه المماثل شلل، ولكن لتعذر ذلك، كان الاستحسان أن يلزم بالدية، وقد يضاف إليها التعزير.

المطلب السادس
المصلحة المرسلة

٩٨- تعريف:

المصلحة المرسلة هي المصلحة المطلقة، أي المجردة، عن دليل شرعي يعتبرها، والمطلقة كذلك عن دليل يستبعدها.

فالمصلحة المرسلة هي – على هذا النحو – مطلقة عن دليل اعتبار أو دليل إلغاء، ولكن الثابت مع ذلك أنها تحقق مصلحة لمجموع من المسلمين. ويمكن إجمال

تعريف المصالح المرسلة بأنها "المصالح التي اقتضتها الضرورات أو الحاجات أو التحسينات، ولم تشرع أحكام لها، ولم يشهد شاهد شرعي باعتبارها أو بإلغائها"[٨٧].

ومثال المصالح المرسلة المصالح التي اقتضت إنشاء السجون واشتراط شهر العقد الناقل لملكية العقار بتسجيله كي ينتج أثره في نقل الملكية، واشتراط رسمية عقد الزواج لتسمع الدعوى به.

٩٩- أنواع المصالح في الفقه الإسلامي:

المصالح في الفقه الإسلامي أنواع ثلاثة: مصالح معتبرة، وهي التي اعتد الشارع بها، فقرر على أساس منها أحكامه مثال ذلك المصلحة في حفظ الحياة التي بنيت عليها أحكام القصاص، والمصلحة في صيانة العرض التي استوجبت حمايتها تقرير عقوبات الزنى، ومثال ذلك أيضاً المصالح في حفظ المال والدين والعقل.

والمصالح الملغاة هي التي يشهد دليل شرعي بعدم الاعتداد بها، إذ تخالف نصاً أو إجماعاً أو قياساً، مثل المصلحة في سلب الزوج حق الطلاق، والمصلحة في المساواة بين الأبناء والبنات في الإرث.

والنوع الثالث هو المصالح المرسلة، وهي في المنزلة بين المنزلتين، إذ لا يشهد لها دليل اعتبار، ولا يشهد عليها دليل إلغاء.

والمشكلة التي تثيرها المصلحة المرسلة هي مدى جواز الاعتداد بها لاستخلاص أحكام تهدف إلى حمايتها.

١٠٠- حجية المصلحة المرسلة:

حجية المصلحة المرسلة كمصدر مستقل للأحكام الشرعية تستند إلى الأمور التالية:

الأول: أن مصالح الناس لا تتناهى، إذ هي متجددة على مدى الزمن، ومختلفة باختلاف الأماكن؛ في حين أن النصوص محدودة محصورة، فإذا أنكرنا المصلحة

---

[٨٧] الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف، ص ٨٩.

المرسلة كمصدر مستقل للأحكام الشرعية لعطلت المصالح التي لا تحكمها نصوص، ووقع الناس في حرج شديد، وأصاب الجمود التشريع، وهو ما لا يتفق مع مقاصد الشريعة، ولا يتفق مع قوله تعالى «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ»[٨٨]، وقوله سبحانه «يُرِيدُ اللّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ»[٢].

والثاني: أن المصلحة المرسلة إذا كانت ملائمة لمقاصد الشارع، فإن الأخذ بها يكون موافقاً لمقاصده، وإنكارها يكون إهمالاً لمقاصده، وإهمال مقاصد الشارع باطل في ذاته.

والثالث: أن الصحابة والتابعين وتابعيهم قد أقروا المصلحة المرسلة، واستندوا إليها في أحكام قرروها.

ومن ذلك على سبيل المثال: أن أبا بكر رضي الله عنه جمع الصحف المفرقة التي كان القرآن مدوناً فيها في مصحف واحد، حفظاً له من الضياع، وأنه حارب مانعي الزكاة، وأنه استخلف عمر بن الخطاب.

وأن عمراً رضي الله عنه منع سهم المؤلفة قلوبهم، وأنه أوقف حد السرقة في عام المجاعة، وأنه أنشأ الدواوين؛ وأنه أنشأ السجون.

وأن عثمان رضي الله عنه جمع المسلمين على مصحف واحد وأرسله إلى الأمصار وأحرق ما عداه.

وقرر فقهاء الحنفية الحجر على المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المفلس. وما كان ذلك إلا استناداً إلى المصلحة المرسلة. والأمثلة السابقة هي لمصالح لا دليل من الشارع على اعتبارها، ولا دليل كذلك منه على إلغائها، ولكنها تواجه حاجات للناس لا يمكن إغفالها. وفي مقدمة من قالوا بالمصلحة المرسلة كمصدر للأحكام الإمامان مالك وأحمد واتباعهما.

١٠١- إنكار حجية المصلحة المرسلة:

بعض الأصوليين، وفي مقدمتهم الإمام الغزالي، أنكر حجية المصلحة المرسلة، كمصدر مستقل للأحكام الشرعية وأهم ما قيل في إنكار حجية المصلحة المرسلة أن الشريعة قد راعت جميع مصالح الناس، بما تضمنته من نصوص، وما أرشدت إليه من قياس. وبناء على ذلك، فإن جميع المصالح التي

---

[٨٨] سورة الحج، الآية ٧٨.

[٢] سورة البقرة، الآية ١٨٥.

اعتبرها الشارع لها دليل من نص أو قياس، فإذا لم يكن لها دليل، فهي مصلحة لم يعتبرها الشارع، بل إنها مصلحة وهمية لا يجوز أن تبنى عليها الأحكام. والادعاء بوجود مصالح معتبرة لا تدخل في نص ولا تستند إلى قياس، يناقض تبليغ رسول الله صلى الله عليه وسلم الشريعة تبليغاً كاملاً، ويعارض قوله "تر لاتوخىكتم على المحجة البيضاء ليلها كنهارها".

واحتج المنكرون لحجية المصلحة المرسلة، بأن استخلاص الأحكام من مصالح لا يشهد لها نص أو قياس فيه فتح باب الهوى في التشريع، إذ قد يقرر البعض حكماً مدعياً استناده إلى مصلحة، وقد يكون باعثه غاية لا تتفق مع مقاصد الشريعة[٨٩]. ويضيفون إلى ذلك أن الاعتداد بالمصلحة المرسلة يؤدي إلى اختلاف الأحكام الشرعية باختلاف الأماكن لأن ما قد يكون مصلحة في بلد قد لا يكون كذلك في بلد آخر، بل قد يؤدي إلى اختلافها باختلاف الأشخاص. ويناقض ذلك ما ينبغي أن تتصف به الشريعة من وحدة الأحكام، وإن اختلفت الأمكنة والأزمنة واختلف الأشخاص.

والقول برأي في الخلاف بين مؤيدي الاحتجاج بالمصلحة المرسلة ومنكري ذلك، هو ترجيح من يحتجون بهذه المصلحة ذلك أن الاقتصار على النصوص وما يحمل عليها من قياس يؤدي إلى جمود التشريع وقصوره عن مواجهة تطور المجتمع، ووجود مصالح حقيقية ومشروعة لم ترد في شأنها نصوص ويناقض ذلك ما ينبغي أن تتصف به الشريعة من كمال واتساع لحماية جميع مصالح العباد. ومن ناحية ثانية، فإن القول بوجود مصلحة لم ينكرها الشارع، أو لم يلحقها إلغاء أو استبعاد، ومع ذلك لا يعترف بها، هو قول ينطوي على تناقض.

وقد يكون التوفيق بين الفريقين هو اشتراط شروط في المصلحة تكفل جديتها وعدم تناقضها مع مقاصد الشارع[٩٠]. ومؤدى ذلك، أنه لا تكفي أن تكون المصلحة لم ينلها الإلغاء، وإنما يتعين أن تتوافر فيها بالإضافة إلى ذلك هذه الشروط[٩١].

---

[٨٩] وقد قال الإمام الغزالي في ذلك "أننا نعلم قطعاً أن العالم ليس له أن يحكم بهواه وشهوته من غير نظر في دلالة الأدلة، والاستحسان من غير نظر في أدلة الشرع حكم بالهوى المجرد". وقال في شأن المصالح المرسلة "إذا لم يشهد لها الشارع فهي كالاستحسان"، أي أنها حكم بالهوى المجرد: المستصفي، جـ ١، ص ٢٩٤.

[٩٠] الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف، ص ٩٤.

[٩١] قال الإمام ابن القيم في وجوب توافر شروط في المصلحة المرسلة "من المسلمين من قرطوا في رعاية المصلحة المرســلة، فجعلوا الشريعة قاصرة لا تقوم بمصالح العباد محتاجة إلى غيرها وسدوا على أنفسهم طرقاً

١٠٢- الشروط المتطلبة في المصلحة المرسلة:

يتعين أن تتوافر في المصلحة المرسلة التي تصلح مصدراً مستقلاً للحكم الشرعي الشروط الآتية:

أولاً: يتعين ألا يناقض الحكم الذي يستخلص من المصلحة نصاً أو إجماعاً، ذلك أن مناقضة النص أو الإجماع يعني أن الشارع قد ألغى هذه المصلحة وأخرجها من اعتباره. وبناء على ذلك لا يجوز الاعتداد بالمصلحة في المساواة بين الابن والبنت في الميراث، إذ يخالف ذلك نصاً صريحاً في القرآن.

ثانياً: يتعين أن تكون مصلحة جدية حقيقية، أي يثبت في صورة قاطعة أنها تجلب نفعاً أو تدفع ضرراً. أما إذا لم تكن كذلك، فهي مصلحة وهمية لا يجوز الاعتداد بها في استخلاص الأحكام. وتطبيقاً لذلك فإنه لا يجوز الاعتداد بالمصلحة المتوهمة في سلب الزوج حقه في تطليق زوجته وإعطائه للقاضي.

ثالثاً: أن تكون المصلحة عامة تحقق نفعاً أو تدفع ضرراً عن عامة الناس أو عن مجموع منهم. وبناء على ذلك، فإنه لا يجوز الاعتداد بمصلحة تحقق النفع أو تدفع الضرر عن شخص بالذات كحاكم أو عن مجموعة محدودة من الأفراد كأعضاء أسرة.

١٠٣- تطبيقات للمصلحة المرسلة في الفقه الجنائي:

طبقت المصلحة المرسلة تطبيقاً واسعة في الفقه الجنائي، واستخلصت أحكام عديدة لا ترجع إلى نص ، ولا تقوم على قياس، وإنما سندها مطلق المصلحة، وهي في مجال التجريم والعقاب المصلحة في كفالة ردع المجرمين أو توقي خطورتهم على المجتمع. ونشير فيما يلي إلى أهم هذه التطبيقات:

١- قرر عمر بن الخطاب إراقة اللبن المغشوش ردعاً للغاش.

٢-وقرر كذلك نفي أهل الفساد والدعارة توقياً لخطورتهم.

٣- وقـــرر القصاص من جميع الجناة الذين تمالؤوا على قتل شخص واحـــد وقتلوه.

صحيحة من = = طرق الحق والعدل؛ ومنهم من أفرطوا فسوغوا ما ينافي شرع الله وأحدثوا شرطاً طويلاً وفساداً عريضاً": الطرق الحكمية في السياسة الشرعية.

٤- وقرر إباحة فعل من قتل شخصاً فاجأه يزني بزوجته، وإن كان شرط هذه الإباحة أن يثبت زناه بشهادة شهود أربعة[٩٢].

المطلب السابع

سد الذرائع وفتحها

١٠٤- تعريف:

الذريعة هي الوسيلة إلى غاية. وحكم الذريعة باعتبارها وسيلة هو حكم الغاية، باعتبارها هدفها. فإذا كانت الغاية حلالاً كانت الذريعة إليها حلالاً كذلك. وإذا كانت الغاية حراماً كانت الذريعة إليها حراماً كذلك[٩٣].

والعلة في استمداد الذريعة حكمها من حكم الغاية أن الذريعة ليست مقصودة لذاتها، ولكن باعتبارها وسيلة إلى الغاية، ومن ثم وجب أن يمتد إليها حكم الغاية. وبالإضافة إلى ذلك، فإن الغاية هي التي تبقى وتنتج أثرها النهائي، فوجب أن يمتد حكمها إلى الذريعة إليها.

وبناء على ذلك، فإن موارد الأحكام الشرعية قسمان: مقاصد أو غايات، وهي المصالح أو المفاسد في ذاتها، وحكمها واضح، وذرائع أو وسائل وهي السبل إليها، ويمتد إليها حكم المقاصد.

وقد قال الإمام القرافي توضيحاً لذلك: "الوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل، وإلى ما هو متوسط متوسطة".

ويفصل حكم الذريعة بالقول: الطريق إلى الحرام حرام، والطريق إلى المباح مباح، وما لا يؤدي الواجب إلا به فهو واجب.

وأمثلة الذرائع: أن الزنى حرام، ولما كانت الخلوة بالمرأة الأجنبية يغلب أن تكون وسيلة إليه كانت حراماً بدورها؛ وأن أداء صلاة الجمعة واجب، ومن ثم كان السعي إليها وترك البيع واجباً بدوره.

---

[٩٢] وقائع القضية التي قرر فيها عمر هذا الحكم أنه جاءه رجل يعدو، وفي يده سيف ملطخ بدم ووراءه قوم يعدون، فقالوا لعمر "أي هذا قتل صاحبنا"، فسأله عمر عن ذلك، فقال "إني ضربت فخذي امرأتي، فإن كان بينهما أحد فقد قتلته"، فسأل عمر القوم، فقالوا "أنه ضرب السيف فوقع في وسط الرجل وفخذي المرأة"، فأخذ عمر السيف من الرجل، فهزه ، ثم دفعه إليه، وقال "إن عادوا فعُد".

[٩٣] الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، ص ٢٧٥، الجريمة والعقوبة، ص ٢١٢.

١٠٥- حجية سد الذرائع:

لسد الذرائع حجيته من الكتاب ومن السنة.

فيقول الله تعالى «وَلاَ تَسُبُّواْ الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللّهِ فَيَسُبُّواْ اللّهَ عَدْواً بِغَيْرِ عِلْمٍ»[٩٤]، وتفسير هذه الآية أن سب الله تعالى منهي عنه؛ ومن ثم كان سب الأوثان في حضور الكفار منهياً عنه كذلك لأنه ذريعة إلى سبهم الله تعالى.

أما السنة، فمنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهي الدائن عن أن يأخذ هدية من المدين، لأنها قد تكون ذريعة إلى الربا. وفي مقابل ذلك، فإن التوسعة على الناس واجبة، وهي في ذاتها مجلبة للثواب، فإن استيراد السلع في وقت الأزمات واجب كذلك ومجلب للثواب، باعتباره الذريعة إلى التوسعة على الناس. وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك "الجالب مرزوق".

ومن السنة كذلك نهي الرسول صلى الله عليه وسلم عن "شـــراء الرجـــل صدقته ولو وجدها تباع في السوق، وذلك سداً لذريعة الرجوع فيما تصدق به".

١٠٦- الطابع الموضوعي لسد الذرائع:

إذا كان المقصد في ذاته حراماً كانت الذريعة إليه حراماً كذلك، دون نظر إلى قصد الفاعل من ذلك، أي ولو كان يبتغي - بالحرام الذي يقوده إليه فعله - تحقيق مصلحة. وإذا كان المقصد في ذاته حلالاً كانت الذريعة إليه حلالاً ولو كان الفاعل يبتغي في النهاية حراماً. ويقول في ذلك الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة "أن النظر إلى المآلات لا يلتفت فيه إلى نية الفاعل، بل إلى نتيجة الفعل وثمرته، وبحسب النتيجة يحمد الفعل أو يذم"[٩٥].

ويفسر هذا الطابع الموضوعي أن الأمر يتصل بتحديد حكم الفعل من حيث المشروعية، والمشروعية في ذاتها فكرة موضوعية، إذ تدور حول تقييم الفعل في تقدير الشارع، ومدى إضراره بمصالح المجتمع أو حمايته لها، وهو ما لا شأن لنية الفاعل فيه.

---

[٩٤] سورة الأنعام، الآية ١٠٨.

[٩٥] الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، ص ٢٧٥.

١٠٧- تطبيق سدد الذرائع في الفقه الجنائي:

سد الذرائع له أهمية في الفقه الجنائي من وجهين.

فقد يكون سد الذرائع مصدر تجريم لأفعال كانت في أصلها مشروعة لأنه ثبت أو غلب على الظن أنها تقود إلى غاية غير مشروعة.

وقد يكون الذرائع مصدر إباحة لأفعال كانت في الأصل غير مشروعة، لأنها تؤدي إلى غاية مشروعة.

ويعني ذلك أن سد الذرائع قد يكون مصدر تجريم، وقد يكون مصدر إباحة. ويقول الإمام القرافي في ذلك "أعلم أن الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها، فهي تكره وتندب وتباح، فإن الذريعة هي الوسيلة، فكما أن وسيلة المحرم محرمة، فوسيلة الواجب واجبة".

ونفصل ذلك فيما يلي:

١٠٨- سد الذرائع كمصدر للتجريم:

من أهم تطبيقات سد الذرائع كمصدر للتجريم: النهي عن الخلوة بالمرأة الأجنبية، والنهي عن سفر المرأة في غير رفقة زوجها أو ذي رحم محرم منها، والنهي عن هدية المدين للدائن، والنهي عن بيع المأكولات الفاسدة، والنهي عن بيع السلاح في أوقات الفتن، والنهي عن حفر الحفر في الطرق العامة، والنهي عن تلقي السلع وتخزينها قبل نزولها إلى الأسواق.

١٠٩- سد الذرائع كمصدر للإباحة:

من أهم تطبيقات سد الذرائع إباحة فعل الراشي إذا قدم الرشوة لدفع ظلم يغلب على الظن أن يتعرض له، أو لطلب حق خالص له وتعينت الرشوة وسيلة للحصول عليه. ولكن إذا كان ينازعه الحق من هو أولى به أو من يساويه فإنه لا يجــوز أداء الرشوة. وكذلك لا يجوز أداء الرشوة إذا كان من الممكن الوصول إلى الحــق عن غــير طــريق الرشــوة، ولو بجهــد، طالمــا أن هذا الجهد في حدود إمكــانه[٩٦].

---

[٩٦] الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة، أصول الفقه صفحة ٢٨٠، الجريمة ص ٢١٣.

ومن ذلك دفع مال فداء للأسرى من المسلمين، ذلك أن الأصل عدم جواز أداء مال لدولة تجارب المسلمين، لأن في ذلك تقوية ودعماً لأعداء الإسلام، ولكن أجيز في هذه الحالة لأنه يتحقق به إطلاق سراح بعض المسلمين، بما يجعلهم بعد ذلك دعماً للمسلمين.

ومن ذلك أيضاً دفع مال لدولة تحارب المسلمين دفعاً لأذاها عنهم، إذا لم تكن لدولة الإسلام القوة الكافية لردع هذه الدولة".

وفي النهاية، فقد أبيح دفع المال لمن يقطعون الطريق على الحجاج، ويمنعونهم من أداء مناسكه إذا لم يدفع هذا المال لهم.

المطلب الثامن

العـــــرف

١١٠- تعريف:

العرف هو ما تعارف الناس عليه، وألفوه في تعاملهم، وصار في تقديرهم قاعدة تنظم هذا التعامل، ومن ثم صار لها احترامها، الذي يبلغ بها درجة الإلزام. والعرف في أصله عادة جرى الناس عليها، فإذا استقرت في ضمائرهم، وبلغت درجة الإلزام، تحولت إلى عرف. فالعادة أصل العرف، والعرف أقوى من العادة لجريان الناس على الالتزام به، واعتباره في الفقه والقضاء مصدراً للأحكام الشرعية.

والعرف قد يكون قولياً وقد يكون فعلياً. فالعرف القولي هو استقرار الناس على إعطاء بعض الألفاظ مدلولاً اصطلاحياً، وقد يخالف مدلولها اللغوي، ومثال ذلك استقرار الناس على ألفاظ معينة تعني الزواج أو الطلاق، واستقرارهم على عدم إطلاق لفظ اللحم على السمك، ولذلك لا يحنث من حلف ألا يأكل لحماً، فأكل سمكاً، واستقرارهم على عدم إطلاق لفظ الولد على البنت. أما العرف الفعلي، فمثاله تعارف الناس على البيع بالتعاطي، أي بمجرد أخذ السلعة وتسليم الثمن دون النطق بصيغة البيع.

١١١- حجية العرف:

حجية العرف ثابتة بالنص، وهي ثابتة كذلك باعتبار العرف نوعاً من المصلحة.

فحجية العرف مستمدة من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن". ذلك أن مقتضى هذا الحديث أن ما جرى به عرف الناس لأنهم رأوه حسناً، فهو يكون عند الله حسناً كذلك. وتستند حجية العرف كذلك إلى قوله تعالى «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ»[٩٧]. ذلك أن مخالفة ما ألفه الناس من عرف اعتبروه حسناً، فيه ضيق وحرج لهم.

وتستند حجية العرف كذلك إلى المصلحة، ذلك أن استقرار الناس عليه يعني أنهم قدروا أن فيه مصلحتهم، وهي مصلحة لم يقم شاهد من الشرع على إلغائها، فهي إذن مصلحة مرسلة، ومن ثم كان اتباعه أخذاً بهذه المصلحة[٩٨].

بل إن الأخذ بالعرف يطابق فلسفة الشريعة، فقد أقر الله سبحانه وتعالى ما جري عليه عرف العرب في جاهليتهم، طالما لم يعارض مقاصد الشريعة، فأقر الدية على العاقلة، وشرط الكفاءة في الزواج، واعتبر مبدأ العصبية في الإرث والولاية.

١١٢- العرف في الفقه الإسلامي:

استقر الفقه الإسلامي على الأخذ بالعرف كمصدر للأحكام الشرعية، وجـــرت بذلك عبارات الفقهاء، فمن ذلك القول: "الثابت بالعرف كالثابت بالنص"، والقول "الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي"، والقول "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً".

ويتضح إقرار العرف من اشتراط العلم به للاجتهاد والتصدي للفتوى والقضاء. وقد قال في ذلك الإمام ابن عابدين "لابد للحاكم من فقه في أحكام الحوادث الكلية، وفقه في نفس الواقع وأحوال الناس، يميز به الصادق والكاذب، ثم يطابق هذا وهذا، فيعطي الواقع حكمه من الواجب، ولا يجعل الواجب مخالفاً للواقع. وكذلك المفتي الذي يفتي بالعرف لابد له من معرفة الزمان، وأحوال

---

(٩٧) سورة الحج، الآية ٧٨.

(٩٨) ويقول في ذلك الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة "العرف الذي لا يعد مخالفاً للشرع فالأخذ به مصلحة، لأنه في أكثر أحواله يتفق مع المصلحة الظاهرة البينة، ولأن العرف يقتضي إلف الناس لما يكون من مقتضياته، ومخالفته تؤدي إلى الحرج والمشقة، وهما مرفوعان في حكم الإسلام، إذ يقول سبحانه "وما جعل عليكم في الدين من حرج، والله سبحانه شرع ما يستسيغه الناس ويألفونه لا ما يكرهون ويبغضون، ما دام البغض والحب لا يؤديان إلى مفسدة"، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، ص ٢١٦.

أهله، ومعرفة أن هذا عرف خاص أو عام، وأنه مخالف للنص أو لا، ولابد له من التخرج على إسناد ماهر، ولا يكفيه مجرد حفظ المسائل والدلائل".

١١٣- العرف الصحيح والعرف الفاسد:

العرف الصحيح هو ما لا يعارض دليلاً شرعياً، فهو عرف لا يحل حراماً ولا يبطل واجباً، ومثاله، العرف الذي يقرر تعجيل جزء من الصداق وتأجيل جزء منه إلى أقرب الأجلين: الطلاق أو الموت، والعرف الذي يقرر أن الزوجة لا تزف إلى زوجها إلا إذا قبضت جزءاً من مهرها.

أما العرف الفاسد فهو ما عارض دليلاً شرعياً، فأحل حراماً أو أبطل واجباً، ومثاله جرى العرف على التعامل بعقد ربوي، أو عقد فيه غرر أو مقامرة.

والعرف الصحيح يتعين الأخذ به، سواء اعتبر مصدراً مستقلاً للأحكام الشرعية، أو اعتبر منطوياً في المصلحة المرسلة: فعلى المجتهد أن يراعيه في استنباط الأحكام الشرعية، وعلى المشرع الوضعي الإسلامي أن يراعيه فيما يقرره من قواعد، وعلى القاضي أن يراعيه فيما يقضي به من أحكام. وعلى خلاف ذلك فإن العرف الفاسد لا حجية له قط، لا عند المجتهد ولا عند القاضي، لأن الدليل الشرعي الذي عارضه أرجح منه، فيقدم عليه. ولكن يرد على ذلك تحفظ، هو أنه إذا كان العرف الفاسد يطابق ضرورة أو يشبع حاجة، بحيث لو أبطل لأصاب المجتمع خلل أو وقع الناس في حرج، فمن الجائز إقراره تطبيقاً لقاعدة أن "الضرورات تبيح المحظورات"، والحاجات لها حكم الضرورات[٩٩].

١١٤- اختلاف العرف باختلاف الأزمنة والأماكن:

العرف بطبيعته نسبي فهو ليس مطلقاً، بحيث يمكن القول بوجود عرف واحد يسود في جميع الأزمنة والأماكن، ذلك أنه عادة استقر عليها مجتمع معين في ضوء ظروف زمنية ومكانية تحيط به وتؤثر على تفكير أفراده وتحدد مصالحهم. ولا يقلل اختلاف العرف باختلاف الأزمنة والأماكن من حجيته كمصدر للأحكام الشرعية. ويقول الفقهاء في ذلك: إن "هذا الاختلاف هو اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان". وبناء على ذلك، فمن المتصور أن تختلف الأحكام الشرعية المستمدة من العرف من زمن لآخر، ومن مكان لآخر.

---

[٩٩] الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف، أصول الفقه، ص ٩٧.

وقد قال الإمام ابن عابدين في تطور العرف واختلافه من زمن إلى آخر، واختلاف الأحكام الشرعية الصادرة عنه "إن المسائل الفقهية إما أن تكون ثابتة بصريح النص، وإما أن تكون ثابتة بضرب اجتهادي ورأي، وكثير منها يبنيه المجتهد على ما كان في عرف زمانه بحيث لو كان في زمان العرف الحادث لقال لا بخلاف ما قاله أولاً. ولهذا قالوا في شرط الاجتهاد إنه لابد من معرفة عادات الناس، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير، ودفع الضرر والفساد لبقاء العالم على أحسن نظام وأتم إحكام"(١٠٠).

أما اختلاف العرف باختلاف الأمكنة، وما ينبني عليه من اختلاف الأحكام المستخلصة من كل عرف، فهو كذلك في غير حاجة إلى دليل. ولا ينكر أحد أن عرف الريف يختلف عن عرف الحضر، ويختلف عرف البادية عنهما، وأن عرف الأقاليم الباردة يختلف عن عرف الأقاليم الحارة. وأظهر مثال لاختلاف العرف وما ينبع عنه من أحكام باختلاف الأمكنة، واختلاف مذهب الإمام الشافعي القديم عن مذهبه الجديد في عديد من الأحكام، وتفسير ذلك أن بعض أحكام المذهب القديم استقى من عرف العراق في حين أن ما يقابلها من أحكام استقى من عرف مصر، والعرفان بطبيعة الحال مختلفان.

١١٥- دور العرف في مجال التجريم والعقاب:

للعرف دور لا شك فيه في مجال التجريم والعقاب:

وإذا كنا في مجال التجريم لا نذهب إلى أن القاضي يستطيع أن يعتبر الفعل جريمة لمجرد أنه خالف العرف، خاصة وأن العرف – على ما تقدم – فكرة نسبية يعرض لها التطور الذي قد يكون سريعاً، وتختلف باختلاف الأمكنة، فإن للعرف دوره الذي لا شك فيه في مجال سياسة التجريم، أي في مجال توجيه الشارع إلى اعتبار الفعل جريمة تعزيرية إذا قرر أنه يخالف عرفاً، ويضر بمصالح مشروعة للناس.

---

(١٠٠) ابن عابدين، رسالة العرف، مجموعة الرسائل، جـ٢، ص ١٢٦.

وعلى سبيل المثال، إذا استقر عرف الصناع على أسلوب معين لمباشرتهم نشاطهم، بحيث يزيل خطره عن عمالهم أو عن البيئة التي يمارسون فيها نشاطهم، أو استقر عرف بعض أصحاب المهن على أسلوب معين لنشاطهم يكفل تحقيق غرضه الاجتماعي، كما لو استقر الطبيب أو الجراح على نهج معين لنشاطه من شأنه توفير علاج سليم لمريضه، أو استقر عرف قادة وسائل النقل على أسلوب معين لضمان أمن وسلامة عملهم، فإنه يجوز للشارع أن يعتبر الخروج على بعض هذه القواعد الفنية جريمة، وأن يقرر العقوبة التعزيرية الملائمة لها.

وإذا كان العرف لا يصلح مصدراً مباشراً، فإن له دوره في تحديد أركان بعض الجرائم، وبناء على ذلك، فإنه يتعين على القاضي – في بعض الجرائم – أن يحتكم إلى العرف لكي يقرر ما إذا كانت أركان الجريمة متوافرة أو غير متوافرة. وعلى سبيل المثال، فإن تحديد ما إذا كان لفظ معين يعتبر سباً يقتضي الاحتكام إلى الدلالة العرفية التي استقرت لهذا اللفظ. وتحديد ما إذا كان سلوك معين يعتبر ماساً بالحياء العام، كارتداء ملابس تكشف عن بعض أجزاء الجسم، أو صدور إشارة يدعي أن لها دلالة ماسة بالحياء، يقتضي الاحتكام إلى العرف الذي يحدد في مكان وزمان الفعل "فكرة الحياء العام". وتحديد فكرة الملكية للقول بما إذا كان المال الذي أتهم شخص بسرقته يعتبر ملكاً لغيره، فيقتضي ذلك إدانته أم ملكاً له فيترتب على ذلك تقرير براءته، يتطلب تطبيق القواعد الخاصة بتحديد مالك هذا المال والعرف دون شك يعتبر مصدراً لبعض هذه القواعد.

وفي مجال الإباحة، فإن للعرف دوره في إضفاء الصفة المشروعة على أفعال هي في أصلها جرائم. وعلى سبيل المثال فإن تخويل المخدوم وملقن المهنة حق تأديب خادمه أو صبيه الصغير إنما يعتمد على العرف. وتحديد مدى جسامة الأفعال التي يجيزها حق التأديب يقتضي الرجوع إلى العرف. وإباحة أفعال العنف التي تمارس بها الألعاب الرياضية، وتحديد مدى جسامة ما يباح منها، وتحديد القواعد التي تمارس وفقاً لها هذه الأفعال يرجع فيه إلى العرف.

ونستطيع أن ندرج "العرف القضائي" في هذا المجال، ونعني به استقرار القضاء على تحديد معين لبعض الأفكار الشرعية والقانونية التي لم يرد نص بتحديدها، ولكن القضاء أورد لها تعريفاً وتفصيلاً استقر عليها، مثل تعريف المحرر في التزوير، والأخذ في السرقة.

المطلب التاسع

الاستصحاب

١١٦- تعريف:

الاستصحاب هو بقاء الحال على ما كان عليه، طالما لم يقم دليل قطعي أو مبني على ظن غالب على تغيره. والاستصحاب - في اصطلاح الأصوليين - هو «الحكم على الشيء بالحال التي كان عليها من قبل حتى يقوم دليل على تغير تلك الحال» أو هو "جعل الحكم الذي كان ثابتاً في الماضي باقياً في الحال حتى يقوم الدليل على تغييره».

وقد عرف الإمام الشوكاني الاستصحاب بقوله «هو بقاء الأصل حتى يوجد ما يغيره،بمعنى أن ما ثبت في الماضي، فالأصل بقاؤه في الزمن الحاضر والمستقبل» وعرفه الإمام ابن القيم بأنه «استدامة ما كان ثابتاً،ونفي ما كان منفياً».

وينبني على الاستصحاب أصلان: أولهما - أن «الأصل في الأشياء الإباحة»، وثانيهما: أن "الأصل في الناس البراءة».

١١٧- حجية الاستصحاب:

حجية الاستصحاب تقوم على النص،وعلى العقل والمنطق. فمن حيث النص، فقد قال الله تعالى «هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الأَرْضِ جَمِيعاً»، وقال سبحانه: «وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً». فالآية الأولى يستفاد منها أن "الأصل في الأشياء الإباحة"، ذلك أنه إذا كان سبحانه وتعالى قد خلق لنا ما في الأرض جميعاً، فمفاد ذلك أنه أباحه لنا جميعاً،حتى يقوم الدليل على تحريم بعضه. والآية الثانية يستفاد منها أن "الأصل في الناس البراءة"، ذلك أنه سبحانه لن يعذب أحداً حتى يبعث إليه رسولاً يبلغه أوامره ونواهيه، مما يعني أن الأصل في كل إنسان أنه لن يسأل عن فعل أتاه، ولن يعذب أو يعاقب حتى يعلم بأوامر الله ونواهيه.

ومن حيث العقل والمنطق، فإنه إذا ثبت حكم معين بناء على أصل مفترض أو بناء على دليل قطعي أو غالب الظن، وجب الإبقاء على هذا الحكم حتى يقوم الدليل على ما يخالفه[١٠١]. وعلى سبيل المثال، فإن من عاين حيواناً

---

[١٠١] وفي ذلك يقول الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة «البداهة تحكم بالاستصحاب، وأن مقررات العقول من ناحية وجود الأشياء ووجود أوصاف الأشياء والأشخاص تشير على الحكم بالاستصحاب» أصول الفقه، ص ٢٨٤.

http://www.rafatosman.com/

أو طائراً في حال الحرية الأصلية كان له أن يعتبره مالا مباحاً له أن يتملكه بالاستيلاء. ومن وجد مالاً في حيازة غيره كان عليه أن يعتبره مملوكاً له حتى يقوم الدليل على انتقال الملكية إلى شخص آخر أو على تخلي حائزه عنه. ويمكن بناء على ذلك القول بأن قاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية" هي تطبيق للاستصحاب. ومن باب أولى، فإنه إذا ثبتت ملكية شخص لمال ، بناء على دليل، وجب اعتبار هذه الملكية مستمرة حتى يقوم الدليل على غير ذلك. وإذا ثبتت زوجية امرأة لرجل وجب اعتبار هذه الزوجية مستمرة حتى يقوم الدليل على طروء سبب لانقضائها. وإذا ثبت انشغال ذمة شخص بالتزام، وجب اعتبار هذا الانشغال قائماً حتى يقوم الدليل على انقضاء الالتزام.

١١٨- منزلة الاستصحاب بين الأدلة الشرعية:

الاستصحاب آخر دليل يلجأ إليه المجتهد، فإذا لم يجد للأمر حكماً في نص أو إجماع أو قياس اعتمد على الاستصحاب. وفي ذلك يقول الخوارزمي "الاستصحاب آخر مدار الفتوى، فإن المفتي إذا سئل عن حادثة يطلب حكمها من الكتاب ثم السنة ثم الإجماع ثم القياس، فإن لم يجده يأخذ حكمها من استصحاب الحال في النفي والإثبات، فإن كان التردد في زواله فالأصل بقاؤه، وإن كان التردد في ثبوته فالأصل عدم بقائه".

١١٩- دور الاستصحاب في مجال التجريم والعقاب:

دور الاستصحاب في مجال التجريم والعقاب يمكن إجماله بالقول إن «الأصل في الأفعال الإباحة، والأصل في الأشخاص البراءة». وهذا الأصل في شقيه تقوم عليه مبادئ أساسية في مجال التجريم والعقاب، نشير إليها فيما يلي:

أولاً: لا تجريم إلا بناء على دليل من نص أو دليل يصلح لذلك – كالقياس عند من يرون صلاحيته مصدراً للتجريم والعقاب – وهذا المبدأ نعبر عنه بالقول «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على دليل شرعي»، ويمكن التعبير عنه «بمبدأ شرعية الجريمة والعقوبة».

وسند هذا المبدأ هو قول الله عز وجل «وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً»[١٠٢]. ومؤداه أن كل فعل وكل سلوك هو مباح، ولا تثريب ولا عقاب على من يأتيه طالما لم يقم دليل شرعي على تجريمه والعقاب عليه.

ثانياً: ليس لنص التجريم والعقاب، أو الدليل الشرعي الذي يعادله، أثر رجعي، أي أنه لا يسري على فعل ارتكب قبل وجود هذا الدليل، ذلك أن الفعل قد ثبتت له وقت ارتكابه الصفة المشروعة. فيتعين أن يستصحب هذه الصفة دائماً، ولا يزيلها طروء دليل – فيما بعد – على خلافها. ونعبر عن هذا المبدأ بعبارة": «عدم رجعية دليل التجريم والعقاب».

ثالثاً: تقرير «قرينة البراءة» لمصلحة كل شخص لم يصدر ضده حكم بالإدانة، توافرت له شروط معينة، فالأصل في كل شخص أنه بريء، فهذا الأصل هو ما خلق الله تعالى الناس عليه، فكل شخص يولد بريئاً، سواء من فعل إجرامي ينسب إليه أو من دين يشغل ذمته. ومن ثم يستصحب هذا الأصل طيلة حياته ما لم يقم دليل ينقضه. ولا ينقض هذا الأصل باتهام يوجه إلى شخص، بل لابد لنقضه من حكم بإدانته، ويرتبط بذلك أن المتهم يجب أن يعامل خلال جميع مراحل الإجراءات الجنائية التي تتخذ ضده على أنه بريء حتى يصدر الحكم الذي يقرر إدانته.

المطلب العاشر

شرع من قبلنا

١٢٠- حجية شرع من قبلنا:

يثور التساؤل عن مدى التزام المجتمع بالأحكام التي وردت في الشرائع السابقة على الشريعة الإسلامية،وبصفة خاصة في الشريعة اليهودية والشريعة المسيحية؟ هل يلتزم بها بحيث تعتبر جزءاً من الشريعة الإسلامية، وما شروط التزامه بها، أم لا التزام بها.

يدعم القول بحجية شرع من قبلنا أن الدين عند الله تعالى واحد وأن الأديان تتكامل، فقد أنزل الله اليهودية لتلائم البشرية في عصر معين من

---

[١٠٢] سورة الإسراء، الآية ١٥.

تاريخها، ثم أنزل تعالى المسيحية لكي تلائم عصراً تالياً، وترفع بعض الإصر الذي فرضته اليهودية،ثم أنزل سبحانه الإسلام ليكون الدين الخاتم الذي يلائم البشرية في جميع العصور، وليتضمن اليهودية والمسيحية جامعاً لهما في إطار الدين الخاتم، مصداقاً لقوله تعالى: «إِنَّ الدِّينَ عِندَ اللّهِ الإِسْلاَمُ»[١٠٣]، في معنى أن الإسلام هو الدين الذي ارتضاه الله لعباده في ختام ذلك التطور لكي يتضمن الأحكام الجديدة التي جاء بها والأحكام السابقة التي ارتضاها، ووجد أنها لا تعارض أحكامه خاصة، وإنما تتكامل معها.

ويدعم حجية شرع من قبلنا نصوص صريحة وردت في القرآن الكريم يفهم منها أن الإسلام يتضمن الأحكام التي أنزلها الله تعالى على رسله السابقين، فيقول تعالى «شَرَعَ لَكُم مِّنَ الدِّينِ مَا وَصَّى بِهِ نُوحاً وَالَّذِي أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ وَمَا وَصَّيْنَا بِهِ إِبْرَاهِيمَ وَمُوسَى وَعِيسَى أَنْ أَقِيمُوا الدِّينَ وَلا تَتَفَرَّقُوا فِيهِ كَبُرَ عَلَى الْمُشْرِكِينَ مَا تَدْعُوهُمْ إِلَيْهِ اللَّهُ يَجْتَبِي إِلَيْهِ مَن يَشَاءُ وَيَهْدِي إِلَيْهِ مَن يُنِيبُ وَمَا تَفَرَّقُوا إِلا مِن بَعْدِ مَا جَاءهُمُ الْعِلْمُ بَغْياً بَيْنَهُمْ وَلَوْلا كَلِمَةٌ سَبَقَتْ مِن رَّبِّكَ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى لَّقُضِيَ بَيْنَهُمْ وَإِنَّ الَّذِينَ أُورِثُوا الْكِتَابَ مِن بَعْدِهِمْ لَفِي شَكٍّ مِّنْهُ مُرِيبٍ»[١٠٤].

ويقول سبحانه «أُوْلَـئِكَ الَّذِينَ هَدَى اللّهُ فَبِهُدَاهُمُ اقْتَدِهْ»[١٠٥]، ويقول كذلك «ثُمَّ أَوْحَيْنَا إِلَيْكَ أَنِ اتَّبِعْ مِلَّةَ إِبْرَاهِيمَ حَنِيفاً وَمَا كَانَ مِنَ الْمُشْرِكِينَ»[١٠٦].

١٢١ – إنكار حجية شرع من قبلنا:

ذهب بعض الأصوليين إلى إنكار حجية شرع من قبلنا، والقول بأنه لا حجية إلا لما تضمنته مصادر الشريعة الإسلامية خاصة.

واحتجوا لذلك بأن الأحكام التي وردت في الشرائع السابقة قد نزلت على أقوام معينين، لهم ظروفهم الخاصة، وحرصت على أن تلائم هذه الظروف، وتخاطبهم على قدر المستوى الحضاري المحدود الذي كانوا عليه، ومن ثم فهي خاصة بهم غير ممتدة إلى من يأتي بعدهم وعلى خلاف ذلك، فإن الشريعة الإسلامية قد أنزلت لتخاطب البشرية كافة، في جميع العصور التالية على نزولها، وفي جميع الأماكن التي يقيم فيها البشر، فهي شريعة كل زمان ومكان.

---

[١٠٣] سورة آل عمران، الآية ١٩.

[٢] سورة الشورى، الآيتان ١٣، ١٤.

[٣] سورة الأنعام، الآية ٩٠.

[٤] سورة النحل الآية ١٢٣.

ويستند أصحاب هذا الرأي إلى قول الله تعالى «وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطاً لِّتَكُونُواْ شُهَدَاء عَلَى النَّاسِ وَيَكُونَ الرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيداً»[١٠٧]. ويستدل من هذه الآية على أن الشريعة الإسلامية هي شاهدة على الشرائع السابقة، فهي تقرر ما يبقى منها، ومالا يبقى ويستندون كذلك إلى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم «كان النبي يبعث إلى قومه خاصة، وبعثت إلى الناس عامة».

١٢٢- مدى حجية شرع من قبلنا:

الرأي الصحيح في تحديد مدى حجية شرع من قبلنا وسط بين القولين السابقين: فنحن لا نستطيع القول بأن جميع ما ورد في الشرائع السابقة حجة علينا، ولا نستطيع كذلك إنكار حجية كل ما ورد في الشرائع السابقة.

والرأي الصحيح يقتضي التمييز بين أنواع ثلاثة من الأحكام التي وردت في الشرائع السابقة: أحكام وردت في هذه الشرائع وقام الدليل على نسخها، وأحكام وردت فيها وقام الدليل على بقائها، وأحكام لم يرد في شأنها دليل نسخ أو إبقاء.

١٢٣- الأحكام التي وردت في الشرائع السابقة وقام الدليل على نسخها:

بعض الأحكام التي وردت في الشرائع السابقة قام الدليل على أنها خاصة بالقوم الذين نزلت إليهم كل شريعة فيها، وأنها تلائم مستوى الحضارة التي كانوا عليها أو أنها إصر عليهم خاصة جزاء لفساد ظهر فيهم. ومثل هذه الأحكام قد نسختها بالضرورة الشريعة الإسلامية، فلا محل للجدل حول ما إذا كانت ملزمة لنا،إذ هي دون شك لا تلزمنا. ومن قبيل ذلك قول الله تعالى في شأن اليهود «وَعَلَى الَّذِينَ هَادُواْ حَرَّمْنَا كُلَّ ذِي ظُفُرٍ وَمِنَ الْبَقَرِ وَالْغَنَمِ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَا إِلاَّ مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَا أَوِ الْحَوَايَا أَوْ مَا اخْتَلَطَ بِعَظْمٍ ذَلِكَ جَزَيْنَاهُم بِبَغْيِهِمْ وِإِنَّا لَصَادِقُونَ»[١٠٨].

ومن الأحكام التي قررتها اليهودية ونسختها الشريعة الإسلامية ما كانت تقرره من أن العاصي لا يكفر ذنبه إلا أن يقتل نفسه، ومن أن الثوب إذا إصابته نجاسة لا يطهره إلا قطع ما أصيب منه.

---

[١٠٧] سورة البقرة، الآية ١٤٣.

[٢] سورة الأنعام، الآية ١٤٦.

١٢٤- الأحكام التي وردت في الشرائع السابقة وقام الدليل على بقائها:

بعض الأحكام التي وردت في الشرائع السابقة قام الدليل على بقائها، فيكون مقتضى ذلك اندماجها في الشريعة الإسلامية، وصيرورتها جزءاً منها، ومن ثم لا يثور شك حول الالتزام بها. ومن قبيل ذلك قول الله تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ»[١٠٩]، فقد دلت هذه الآية الكريمة على أن الصيام كان مقرراً في الشرائع السابقة، وقد صار مقرراً، وإن اختلفت صورته في الشريعة الإسلامية، ومن ثم يلتزم به المكلفون من المسلمين.

١٢٥- الأحكام التي وردت في الشرائع السابقة ولم يقم دليل على نسخها أو على بقائها:

نعني بهذه الأحكام ما ورد في القرآن الكريم على أنه كان شرعاً لمن قبلنا، ولم يعقب ذلك بيان ما إذا كان قد نسخ أو أبقي. وأهم مثال لذلك آية القصاص التي قال فيها الله تعالى «وكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فيهَا أَنَّ النَّفْسَ بالنَّفْسْ، والعَيْنَ بالْعَيْنْ، والأنْفَ بالأَنْفْ، والأُذُنَ بالأُذُنْ، والسِّنَّ بالسِّن والجُروحَ قِصَاصْ فمَنْ تَصَدَّقَ بهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهْ، وَمَنْ لَمْ يَحْكُمْ بمَا أَنْزَلَ اللهُ فأولَئِكَ هُم الظَّالِمُونْ»[١١٠].

وقد اختلفت الآراء في شأن مدى اندماج هذه الأحكام في الشريعة الإسلامية، والرأي الراجح هو تقبل الشريعة هذه الأحكام. وقد أخذ بهذا الرأي جمهور الحنفية وبعض المالكية والشافعية.

وحجة هذا الرأي أنه إذا أورد القرآن الكريم حكماً كان مقرراً في الشرائع السابقة على الإسلام ولم يقرن ذلك بنسخه، فإن ذلك يدل على أن هذا الحكم قد ارتضاه الله تعالى لنا، وصار بذلك تشريعاً ضمنياً لنا. وبالإضافة إلى ذلك فإن فكرة وحدة الأديان وتكاملها، تقود إلى القول بأن الشريعة الإسلامية نسخت من أحكام الشرائع السابقة ما يخالفها، وأن ما عدا ذلك قد أقرته. وفي النهاية، فإن القرآن مصدق لما بين يديه من التوراة والإنجيل، فما لم ينسخ القرآن حكماً ورد في أحدهما، فمؤدى ذلك أنه أقره.

---

[١٠٩] سورة البقرة، الآية ١٨٣.

[٢] سورة المائدة، الآية ٤٥.

١٢٦- شرع من قبلنا في مجال التجريم والعقاب:

أهم الأحكام التي وردت في شريعة سابقة وأقرها الإسلام هي الأحكام المتعلقة بالقصاص التي وردت في قوله تعالى «وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنفَ بِالأَنفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ»[١١١]، فهذه الآية تعتبر فيما حكته عن التوراة مصدراً لأحكام القصاص في الشريعة الإسلامية. ويؤيد ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم «النفس بالنفس إن هلكت».

وقد استدل فقهاء الحنفية من قول الله تعالى «النفس بالنفس» ومن قول الرسول «النفس بالنفس إن هلكت» قتل الرجل بالمرأة، وقتل المسلم بغير المسلم».

المطلب الحادي عشر

مذهب الصحابي

١٢٧- مدى حجية مذهب الصحابي:

لا تثور مشكلة إذا كان ما قاله الصحابي هو رواية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، إذ يعد ذلك القول من السنة. وبناء على ذلك، فلا شك في الالتزام به، ومصدر الحكم في ذلك ليس قول الصحابي، ولكنه السنة مباشرة، وأظهر مثال لذلك قول أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها «لا يمكث الحمل في بطن أمه أكثر من سنتين قدر ما يتحول ظل المغزل»، فهذا القول ليس اجتهاداً من السيدة عائشة، ولكنه رواية منها عن الرسول، ومن ثم لا يثور شك في الالتزام به.

ولا تثور كذلك مشكلة إذا كان رأي الصحابي اجتهاداً من جانبه ثم وافق عليه جميع الصحابة، وهم يمثلون جمهور المجتهدين في ذلك الوقت، إذ يعد ذلك إجماعاً وإن كان إجماعاً ضمنياً. وبناء على ذلك كان مصدر الحكم هو الإجماع. ومثال ذلك توريث الجدات السدس من تركة الحفيد.

وأظهر أمثلة لذلك في مجال التجريم والعقاب: قول الإمام علي كرم الله وجهه بجلد شارب الخمر ثمانين جلدة قياساً على حد القذف «لأنه إذا سكر هذى،

---

[١١١] سورة المائدة، الآية ٤٥.

وإذا هذى افترى»،إذ لم يخالفه في ذلك أحد من الصحابة فكان إجماعاً.

ومن ذلك أيضاً قول أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه بقتل الجماعة بالواحد، وإيقاف حد السرقة في عام المجاعة.

ولكن تثور المشكلة إذا اختلفت آراء الصحابة، فالأصح – كما يقول الإمام الشافعي – أنه لا التزام برأي من هذه الآراء، ويجوز للمجتهد أن يخالفها جميعاً، وأن يقول برأي غيرها. وحجته في ذلك أنه لا عصمة للصحابي، وكما ساغ لصحابي أن يخالف رأي صحابي أخر، فتتعدد آراؤهم في الموضوع الواحد، فإنه يجوز للمجتهد في عصر لاحق أن يخالف الرأيين معاً[١١٢]،[٢].

المبحث الثالث

تفسير النصوص

١٢٨– تعريف التفسير:

التفسير هو تحديد المعنى الذي يقصده الشارع من ألفاظ النص لجعله صالحاً للتطبيق على الوقائع التي تعرض في المجتمع.

ويتضح من هذا التعريف أن جوهر التفسير هو تحري المعنى الذي أراده الشارع بألفاظ النص، وبناء على ذلك كانت بداية التفسير هي تحليل ألفاظ النص والكشف عن مدلولها، ومن ثم كان التفسير في بدايته تفسيراً لغوياً. ولكن التفسير يمتد بعد ذلك إلى استظهار التنظيم التشريعي المتكامل للموضوع الذي يتناوله النص، وذلك بتحديد مجموعة الأحكام التي يخضع لها. ومقتضى ذلك أن يعقب التفسير اللغوي تفسير منطقي يستعين بالأساليب المنطقية في تحديد مدلول النص، وأن يكمل بتفسير غائي يعتمد على استظهار غاية النص ووظيفته في التنظيم التشريعي ودوره في تحقيق المقاصد العامة للشارع.

---

[١١٢] ويقول الإمام الشافعي في ذلك «لا يجوز الحكم أو الإفتاء إلا من جهة خبر لازم، وذلك الكتاب أو السنة، أو ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه، أو قياس على بعض هذا».

[٢] وخالف في ذلك الإمام أبو حنيفة، فقال بأنه يأخذ بأي رأي قال به أحد الصحابة، ولكنه لا يخرج عن آرائهم جميعاً،وحجته في ذلك أن انقسام الصحابة إلى آراء معينة إجماع على أنه لا يوجد غير هذه الآراء، ومن ثم تكون مخالفتها جميعاً، هي خروج عن إجماع الفقه في وقت معين، وصار من هذه الوجهة ملزماً.

وقد يثور التساؤل عما إذا كانت جميع النصوص الشرعية تحتاج إلى التفسير، أم أن ذلك يقتصر على النصوص التي يشوبها غموض؟ قد تكون الإجابة على هذا التساؤل أن النص الواضح بذاته غني عن التفسير. ولكن إذا فهم التفسير في مدلول شامل، بحيث يتناول تفصيل ما أجمله النص الواضح، أو تأصيل ما تضمنه من أحكام، أو الربط والتنسيق بينه وبين نصوص أخرى، لكان مقتضى ذلك القول بأن غالبية النصوص تحتاج إلى التفسير.

١٢٩- أنواع التفسير:

التفسير من حيث مصدره أنواع ثلاثة: تشريعي وقضائي وفقهي.

فالتفسير التشريعي يصدر عن الشارع نفسه، فيورد نصوصاً، يوضح أو يفصل ما أورده في نصوص أخرى. ومثال ذلك أن ترد في القرآن آية تفسر حكماً أوردته آية أخرى، أو يرد في السنة تفسير لحكم ورد في آية أو ورد في السنة. فقد وردت آية القذف في صياغة عامة، فقال تعالى «وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِن بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ»[١١٣]. وجاءت بعد ذلك الآيات التالية لتحدد نطاقها، وتخرج منه قذف الزوج زوجته، لتقرر له حكماً مختلفاً، فقال تعالى: «وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاء إِلاَّ أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّه إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ»[١١٤]. ومثال السنة التي فسرت آية قول الرسول صلى الله عليه وسلم "صلوا كما رأيتموني أصلي، وخذوا عني مناسككم» تفسيراً للآيات التي فرضت الصلاة والحج، وقوله «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر». وقوله «ما أسكر كثيره فقليله حرام» تفسيراً لآية تحريم الخمر.

وأهمية التمييز بين أنواع التفسير السابقة أن التفسير التشريعي دون التفسير القضائي والتفسير الفقهي ملزم: فلا يجوز لقاض أو فقيه أن يذهب في تفسير آية أو حديث تفسيراً يخالف ما قرره نص أورد تفسيراً لهذه الآية أو

---

(١١٣) سورة النور، الآيتان ٤ ، ٥.

(٢) سورة النور، الآيات من ٦ إلى ٩.

الحديث. وبالإضافة إلى ذلك، فإن زمن التفسير التشريعي مقتصر على عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، باعتبار أن ذلك العهد هو ما كانت ترد فيه النصوص الشرعية من قرآن أو سنة، أما بعد انتقاله إلى الرفيق الأعلى، فقد انقطع الوحي، ولم تعد ترد سنة كذلك.

وعلى خلاف لك، فإن التفسير القضائي، والتفسير الفقهي غير ملزمين، فيجوز لقاض أن يفسر نصاً شرعياً على خلاف تفسير ذهب إليه قاض آخر، بل أنه يجوز لقاض أن يذهب في تفسير نص طبقه في دعوى معينة مذهباً مختلفاً في دعوى تالية تعرض فيها وقائع تقتضي تطبيق ذلك النص: فالقضاء الإسلامي لا يقرر سوابق قضائية ملزمة في دعاوى أخرى تثور فيها ذات الوقائع. وقد قرر هذا الأصل أمير المؤمنين عمر في رسالته إلى أبي موسى الأشعري رضي الله عنهما حين قال له «ولا يمنعك قضاء قضيته ...»

وهذه العبارة لا يفهم منها البتة جواز أن يعود القاضي في دعوى إلى غير ما كان قد قضي به في هذه الدعوى، إذ يخل ذلك بمقتضيات الاستقرار القانوني، ويمس «مبدأ قوة الأمر المقضي»، وهو مبدأ أقرته الشريعة الإسلامية. وإنما ما تعنيه هذه العبارة، فهو عدم تقيد القاضي في دعوى بتفسير كان قد ذهب إليه في دعوى سابقة، ويفهم منها من باب أولى عدم تقيد قاض بتفسير ذهب إليه قضاة آخرون، وإن كانوا أعلم منه بالشريعة الغراء.

والتفسير الفقهي بدوره غير ملزم لفقيه غير من قال به، بل إن هذا التفسير لا يلزم من قال به إذا تبين له عدم صوابه، فيكون له أن يرجع عنه ويقول بتفسير مختلف. وقد خالف الإمام أبو حنيفة كثيراً من الآراء التي قال بها الإمام مالك، بل إنه قد خالفه في منهجه في استنباط الأحكام، فكانت مدرسته "مدرسة الرأي"، في حين كانت مدرسة الإمام مالك هي "مدرسة الحديث". وخالف الإمام الشافعي في مذهبه الجديد بعض ما كان قد قال به من آراء في مذهبه القديم. وقد عبر عن هذه الحرية في الاجتهاد الإمام مالك أبلغ تعبير، فقال «كل قول يؤخذ ويرد،إلا قوله عليه الصلاة والسلام، فإنه يؤخذ ولا يرد»

١٣٠- مراحل تفسير النص:

لتفسير النص مراحل ثلاث: التفسير اللغوي، والتفسير المنطقي والتفسير الغائي.

المطلب الأول

التفسير اللغوي للنص

١٣١- تعريف التفسير اللغوي:

النص مجموعة من الألفاظ، وهذه الألفاظ رموز يريد بها الشارع التعبير عن معنى، ولذلك كانت أولى خطوات التفسير هي الكشف عن مدلول هذه الألفاظ. وتفترض هذه المرحلة تحديد دلالة كل لفظ على حدة، وتفترض بعد ذلك تحديد المعنى الإجمالي لها.

والعدة الأولى للمفسر هي اللغة، فيتعين عليه أن يبحث عن المعنى الذي تعطيه اللغة لكل لفظ، وقد يكون هذا المعنى هو ما يعنيه الشارع، وقد لا يجدي هذا الأسلوب، إذ يكون الشارع قد أراد ببعض ألفاظ النص مدلولاً عرفياً خاصاً، فيكون على المفسر أن يبحث في اللغة الشرعية عن هذا المدلول العرفي لكي يعتد به في تفسير النص دون مدلوله اللغوي المعتاد, وبناء على ذلك، فإنه إذا تعارض في تفسير لفظ مدلوله اللغوي ومدلوله العرفي الشرعي رجح الثاني: ذلك أنه إذا ثبت أن للشارع لغة شرعية في خصوص دلالة بعض التعبيرات، تعين على المفسر فهم النص وفقاً لهذه اللغة العرفية. وتطبيقاً لذلك، فإن الألفاظ التي استعملت في مفهوم شرعي عرفي كالصلاة والصيام والزكاة والطلاق يتعين أن تفهم في مدلولها العرفي دون مدلولها اللغوي العام.

وقد وضعت المصادر الرئيسية للشريعة الإسلامية، أي القرآن والسنة القولية باللغة العربية، باعتبارها نزلت في أرض الحجاز، لتنتشر بعد ذلك في بقاع العالم، فكان صدورها باللغة العربية مصداقاً لقوله تعالى «وَمَا أَرْسَلْنَا مِن رَّسُولٍ إِلاَّ بِلِسَانِ قَوْمِهِ لِيُبَيِّنَ لَهُمْ»[١١٥]. ويلزم من ذلك وجوب الاعتماد في التفسير اللغوي للنصوص الشرعية على ما تقرره اللغة العربية من ضوابط لغوية، وقواعد تحدد مفهوم الأساليب في هذه اللغة.

ويترتب على ذلك وجوب أن يكون المجتهد، ولو كان غير عربي اللغة أن يكون ملماً باللغة العربية عارفاً بقواعدها في فهم دلالة ألفاظها وعباراتها.

---

[١١٥] سورة إبراهيم، الآية ٤.

http://www.rafatosman.com/

ولا حرج عليه بعد ذلك أن يكتب بلغة غير عربية شارحاً الأحكام الفقهية التي استنبطها بالرجوع إلى المصادر العربية للشريعة الإسلامية.

١٣٢- تقسيم الدراسة:

تقتضي دراسة قواعد التفسير اللغوي للنص الشرعي البحث في الموضوعات التالية:

١- طرق دلالة النص.

٢- أساليب فهم النص الواضح الدلالة.

٣- أساليب فهم النص غير الواضح الدلالة.

٤- صيغة الأمر وصيغة النهي في النص.

ونبحث فيما يلي في كل موضوع من هذه الموضوعات.

أولاً

طرق دلالة النص

١٣٣- بيان طرق دلالة النص:

للنص الشرعي مدلول مباشر هو ما استخلص من صريح عبارته، ولا شك في وجوب العمل بهذا المدلول. ولكن للنص مدلولات أخرى تستخلص من عبارته كذلك، وإن يكن ذلك بعد إمعان النظر في عبارته. فقد يفهم من إشارة النص، وقد يفهم من دلالته، وقد يفهم من اقتضائه.

والنص حجة على ما فهم منه بإحدى الدلالات السابقة، هو حجة على ما فهم من إشارته، وما فهم من دلالته، وما فهم من اقتضائه، فجميع هذه الدلالات تنسب إلى النص، وما استخلص من أحدها يعد حكماً شرعياً أورده النص.

وأهمية التمييز بين هذه الدلالات أنها مرتبة من حيث درجة الحجية على الوجه السابق: فأقواها عبارة النص، تليها إشارة النص، تليها دلالة النص، ويأتي في النهاية اقتضاء النص. وثمرة هذا التدرج أنه إذا تعارضت دلالات النص فيما

بينها رجحت الدلالة الأعلى درجة على الأدنى درجة: فترجح العبارة على الإشارة، وترجح الإشارة على الدلالة، وترجح الدلالة على الاقتضاء.

(١) عبارة النص

١٣٤- تعريف:

دلالة عبارة النص هي "المعنى الحرفي للنص" أي المعنى المتبادر إلى الذهن من صيغته مباشرة، دون حاجة إلى بذل جهد في استنباطه. ولكن يشترط أن يكون مقصوداً من سياق النص، سواء كان مقصوداً أصالة أو مقصوداً تبعاً.

١٣٥- أمثلة عبارة النص:

مثال عبارة النص قول الله تعالى «وَأَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا»[١١٦]. فنص الآية يدل على معنيين كل منهما مقصود من سياقه: **الأول**، أن البيع ليس مثل الربا، **والثاني**، أن حكم البيع هو الحل، وحكم الربا هو التحريم. والمعنيان مقصودان من سياق النص، ولكن الأول هو المقصود من السياق أصالة، والثاني مقصود منه تبعاً: ذلك أن الأول كان للرد على الذين قالوا «إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا»[١١٧]. والثاني مقصود من السياق تبعاً، لأن نفي المماثلة بين البيع والربا، استتبع اختلافهما في الحكم، فكان حكم البيع هو الحل، وحكم الربا هو التحريم.

ومثال عبارة النص كذلك قول الله تعالى «وَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تُقْسِطُواْ فِي الْيَتَامَى فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلاَّ تَعُولُواْ»[١١٨]. هذا النص يستخلص منه أحكام ثلاثة: **الأول**، إباحة نكاح ما طاب من النساء، **والثاني**، وضع حد أقصى لتعدد الزوجات، هو أربع زوجات, **والثالث**، هو وجوب الاقتصار على زوجة واحدة عند خوف عدم العدل بين الزوجات. وهذه الأحكام جميعاً مستفادة من عبارة النص وسياقه، ولكن الحكمين الثاني والثالث وحدهما هما المقصودان أصالة، أما الحكم الأول فمقصود تبعاً. وبيان ذلك أن الآية نزلت أصالة لتقرير حكمين: تقييد تعدد الزوجات بأربع، ووجوب الاقتصار على واحدة عند خوف

---

[١١٦] سورة البقرة، الآية ٢٧٥.

[٢] سورة البقرة، الآية ٢٧٥.

[٣] سورة النساء، الآية ٣.

عدم العدل. وقد استتبع ذلك تقرير إباحة الزواج؛ لأن تعدد الزوجات بأربع أو واحدة لا يفهم إلا إذا كان الزواج نظاماً مقرراً، فكان ذلك المقصود من السياق تبعـــاً.

(٢) إشارة النص

١٣٦- تعريف:

الحكم الذي يستدل عليه من إشارة النص هو حكم لا تدل عليه عبارة النص، ولكن يجيء نتيجة لهذه العبارة، فهو معنى لازم للمعنى المتبادر من عبارة النص. وفي تعبير آخر، فإن المعنى المستفاد من إشارة النص لا يتبادر فهمه من ألفاظه، ولكنه معنى لازم للمعنى المتبادر من ألفاظه وغير مقصود من سياقه، فهو مدلول اللفظ بطريق الالتزام[١١٩]. وقد يكون وجه الالتزام ظاهراً، وقد يكون خفياً. وبناء على ذلك كانت دلالة الإشارة تفترض أمرين: أنها دلالة على سبيل اللزوم لما يفهم من عبارة النص؛ وأنها دلالة غير مقصودة من سياق ذلك النص. واستظهار مدلول إشارة النص يحتاج إلى إمعان النظر، تختلف درجته باختلاف ما إذا كان وجه اللزوم ظاهراً أو خفياً.

١٣٧- أمثلة إشارة النص:

مثال إشارة النص هو قوله تعالى «وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ»[١٢٠]: فنص هذه الآية يفهم منه بدلالة عبارته أن نفقة الوالدة من رزق وكسوة على المولود له، أي الأب. ويفهم من إشارة هذا النص أحكام ثلاثة: ١- أنه لا أحد يشارك الأب في الالتزام بنفقة ولده، لأنه له، وليس لغيره. ٢- أن الولد يتبع من حيث النسب أباه، لا أمه، لأنه له. ٣- أن للأب أن يتملك عند احتياجه من مال ابنه ما يسد به حاجته، ذلك أنه طالما كان الولد له، فإن مال الولد له كذلك. وهذه الأحكام لم ترد في نص الآية، الذي اقتصر على تقرير التزام الأب بنفقة الوالدة، ولكنها أحكام لازمة لذلك الحكم، فكانت دلالة نص الآية عليها بطريق الإشارة.

---

[١١٩] الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف، ص ١٦٦.

[١٢٠] سورة البقرة، الآية ٢٣٣.

(٣) دلالة النص

١٣٨- تعريف:

دلالة النص هي مفهوم الموافقة لما ورد في عبارة النص، وتفصيل ذلك أن تدل عبارة النص على حكم معين في واقعة لعلة معينة، ويتبين بعد ذلك أن هذه العلة متوافرة في واقعة أخرى، بل قد تكون متوافرة في صورة أقوى وأوضح، فيكون مقتضى العقل والتفكير السليم تقرير ذات الحكم له.

وبناء على ذلك، كان المفهوم من دلالة النص هو المفهوم من روحه وعلته، وسمي مفهوم الموافقة كذلك لتوافق العلة في الواقعتين، ومن ثم كان الحكم فيهما واحداً. ويقابل مفهوم الموافقة "مفهوم المخالفة" الذي يرد فيما بعد بيانه.

ويسمى مفهوم الموافقة كذلك "بالقياس الجلي"، لأن استظهار علة الحكم الذي أوردته عبارة النص والتحقق من توافرها في الواقعة الأخرى لا يتطلب اجتهاداً فقهياً، وإنما يكفي فيه الحس اللغوي السليم، وذلك لاختلافه عن القياس في مدلوله المتعارف عليه.

١٣٩- أمثلة دلالة النص:

أوضح أمثلة دلالة النص هو قوله تعالى في شأن الوالدين «فَلاَ تَقُل لَّهُمَا أُفٍّ»[١٢١]، فعبارة النص يفهم منها تحريم قول "أف" للوالدين، وهو أدنى درجات الإيذاء، ويفهم منها بدلالة النص تحريم إيذاء الوالدين بالإهانة أو السب، وتحريم إيذائهما بفعل كالضرب، ذلك أن علة التحريم في قول "أف" وهي الإيذاء متوافرة في صورة أوضح فيما أمعن منها في الإيذاء.

ومثال دلالة النص كذلك قول الله تعالي «وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَئاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ»[٢]، فعبارة هذا النص أوجبت تحرير رقبة مؤمنة في القتل الخطأ، لعلة هي تعويض جماعة المؤمنين عن فقـــد أحد أعضائها، بإدخال عضو جديد إليها، هو المؤمن الذي أعتق، فصار عضواً حراً يحل محل من فقدته، وهذه العلة متحققة، وفي صورة أوضح إذا كان القتل عمداً، إذ هو أشد تأثيماً، فوجب أن يطبق فيها ذات الحكم، بدلالة ذلك النص.

---

[١٢١] سورة الإسراء، الآية ٢٣.

[٢] سورة النساء، الآية ٩٢.

ومثالها أيضاً قول الله تعالى «إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْماً إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَاراً وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرا»[١٢٢]، فعبارة النص هي تحريم أكل أموال اليتامى ظلماً، لعلة هي ضعف اليتيم عن حماية ماله ودفع الاعتداء عنه، ويفهم من النص بدلالته، ولذات العلة تحريم إتلاف هذه الأموال أو تمكين الغير من أكلها.

(٤) اقتضاء النص

١٤٠- تعريف اقتضاء النص:

اقتضاء النص هو المعنى الذي لا يستقيم النص إلا بتقديره، فهو محذوف أو مقدر يتعين استظهاره لكي يكون للنص في جملته الحكم المراد به.

١٤١- أمثلة اقتضاء النص:

مثال اقتضاء النص قول الله تعالى «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ»[١٢٣].

هذا النص فيه محذوف يقتضيه حكم النص، هو الزواج ممن أوردهن ذلك النص، إذ التحريم لا يتصور تعلقه بذات الشخص، وإنما تقديره الزواج منه. ومثاله كذلك قوله تعالى «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ ولَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللّهِ بِهِ»[١٢٤]، فاقتضاء النص هو تحريم أكل ما تضمنته عبارة النص. ومثاله أيضاً قول رسول الله صلى الله عليه وسلم "كل المسلم على المسلم حرام"، تقديره إيذاء المسلم، وقوله عليه الصلاة والسلام "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان" فتقديره "إثم" الفعل المرتكب نسياناً أو خطأً أو إكراهاً.

١٤٢- أقسام دلالة الاقتضاء:

لدلالة الاقتضاء أقسام ثلاثة:

القسم الأول، ما وجب تقديره لصدق الكلام شرعاً، ومثاله قول رسول الله صلى الله عليه وسلم "لا صيام لمن لا يبيت النية"، فتقديره أنه "لا يقع الصيام صحيحاً لمن لا يبيت النية".

---

(١٢٢) سورة النساء، الآية ١٠.

(٢) سورة النساء، الآية ٢٣.

(٣) سورة المائدة، الآية ٣.

القسم الثاني، ما وجب تقديره لصحة الكلام عقلاً، ومثاله قول الله تعالى «فَلْيَدْعُ نَادِيَه»[١٢٥]، فتقديره "أهل"، فيكون المعنى "أهل ناديه" ذلك أن النادي مكان، فلا يعقل أن يكون هو الذي يدعى، وإنما يدعى الأشخاص الذين يكونون فيه.

القسم الثالث، ما وجب تقديره لصحة الكلام شرعاً، ومثاله قول الله تعالى «فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاء إِلَيْهِ بِإِحْسَان»[١٢٦]، ذلك أنه لا تثبت شرعية الاتباع شرعاً إلا إذا جاز أن يكون العفو بمال[١٢٧].

(٥) الترجيح بين دلالات النص

١٤٣- مراتب دلالات النص:

الأصل المقرر هو أن حكماً استخلص من إحدى دلالات النص هو حكم واجب الاتباع، إذ النص حجة عليه وبيان ذلك – على ما تقدم – أن المعنى المستخلص من عبارة النص هو المعنى المتبادر من ألفاظه المقصود من سياقه. والمعنى المستخلص من إشارة النص هو معنى لازم للمعنى المستخلص من العبارة، فهو مدلول النص بطريق الالتزام. والمعنى المستخلص من دلالة النص هو معنى مستخلص من روح النص وعلته. والمعنى المفهوم باقتضاء النص هو معنى مقدر محذوف لعلة بلاغية، ويقتضي تقديره صدق عبارة النص أو صحته واستقامة معناه.

ومؤدى ذلك أن هذه الدلالات متساوية من حيث مبدأ نسبتها إلى النص، وما يقتضيه ذلك من وجوب العمل بكل منها.

١٤٤- الترجيح بين دلالات النص:

الدلالات السابقة للنص تتفاوت من حيث القوة، فأقواها هو دلالة العبارة، وتليها دلالة الإشارة، وتليها دلالة الدلالة، وأدناها مرتبة دلالة الاقتضاء.

---

(١) سورة العلق، الآية ١٧. (٢) سورة البقرة، الآية ١٧٨.

(١٢٧) الأستاذ الشيخ أبو زهرة، صفحة ١٣٨.

وأهمية هذا الترجيح أنه إذا تعارضت هذه الدلالات رجحت الدلالة الأقوى، فترجح دلالة العبارة على دلالة الإشارة، وترجح دلالة الإشارة على دلالة الدلالة، وترجح دلالة الدلالة على دلالة الاقتضاء.

ومثال التعارض بين دلالة العبارة ودلالة الإشارة ووجوب ترجيح الأولى قوله تعالى «كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى»[١٢٨]، وقوله سبحانه «وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِناً مُّتَعَمِّداً فَجَزَآؤُهُ جَهَنَّمُ»[١٢٩]: فدلالة عبارة الآية الأولى هي وجوب القصاص في جميع أنواع القتل، ودلالة إشارة الآية الثانية هي اقتصار عقوبة القاتل متعمداً على جهنم بحيث لا يقتص منه، إذ اقتصرت على ذكر "جهنم" كجزاء للقاتل عمداً. وترجح في هذا التعارض دلالة عبارة الآية الأولى، فيكون القصاص واجباً على القاتل متعمداً.

ومثال التعارض بين دلالة الإشارة ومفهوم الدلالة، قوله تعالي «وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَئاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ»[١٣٠]، فمفهوم دلالة الآية الأولي أن من يقتل مؤمناً متعمداً عليه أن يحرر رقبة مؤمنة كذلك، إذ هو أشد إثماً ممن يقتل مؤمناً خطأ، ومفهوم إشارة الآية الثانية أن من يقتل مؤمناً متعمداً لا جزاء له إلا جهنم خالداً فيها، ومن ثم لا يجب عليه تحرير رقبة، فرجح مفهوم الإشارة فلم يكن تحرير رقبة واجباً عليه[١٣١].

ومثال التعارض بين دلالة العبارة ودلالة الاقتضاء، ووجوب ترجيح الأولي قول الله تعالى: «وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَئاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِه»[١٣٢]، وقول الرسول صلي الله عليه وسلم "رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"، فدلالة عبارة الآية توقيع العقوبة علي القاتل خطأ، ودلالة اقتضاء الحديث أن لا عقوبة علي القاتل خطأ، فرجحت دلالة عبارة الآية علي دلالة اقتضاء الحديث، فكانت العقوبة التي نصت عليها الآية واجبة علي القاتل خطأ بناء علي دلالة عبارة الآية.

---

(١٢٨) سورة البقرة الآية ١٧٨.

(٢) سورة النساء الآية ٩٣.

(١٣٠) سورة النساء الآية ٩٢.

(١٣١) رأي الشافعية، انظر: الشيخ أبو زهرة ص ١٣٩.

(١٣٢) سورة النساء الآية ٩٢.

ثانياً

النصوص التشريعية من حيث الوضوح أو الخفاء

١٤٥- تقسيم:

النصوص التشريعية ليست سواء من حيث درجة وضوحها فبعضها واضح الدلالة، وبعضها خفي الدلالة. ولوضوح دلالة النص مراتب، ولخفائها كذلك مراتب.

ونوضح ذلك فيما يلي:

(١) النص الواضح الدلالة

١٤٦- تعريف النص الواضح الدلالة:

النص الواضح الدلالة هو ما فهم المراد منه، دون توقف على أمر خارجي عن ذات النص، فهو واضح الدلالة بذاته واستقلالاً عن أي أمر خارجي، كنص آخر أو مصدر تفسيري، بحيث لا يحتاج المفسر لغير التأمل في النص وإمعان النظر فيه.

١٤٧- مراتب وضوح النص:

وضوح النص على مراتب، وأساس التمييز بين هذه المراتب مزدوج؛ إذ هو ما إذا كان النص يحتمل التأويل أو لا يحتمله، من ناحية، وما إذا كان يحتمل النسخ أو لا يحتمله من ناحية أخرى.

وعلى هذا الأساس كانت للنص الواضح الدلالة مراتب أربع: الظاهر، والنص، والمفسر، والمحكم.

أ – الظاهر

١٤٨- تعريف الظاهر:

النص الظاهر هو ما دل بذات ألفاظه على المراد منه، استقلالاً عن أي أمر خارجي، ولم يكن ذلك هو المقصود أصلاً من السياق، وكان يحتمل التأويل والنسخ.

ويتضح من هذا التعريف أنه يميز النص الظاهر أمور أربعة: وضوح الدلالة بذاته، وعدم قصد هذه الدلالة من سياقه، وقابليته للتأويل، وقابليته للنسخ.

١٤٩- أمثلة الظاهر:

مثال الظاهر من النصوص قول الله تعالى «وَأَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا»[١٣٣]، فهذا النص ظاهر في حل البيع وتحريم الربا، إذ هذان الحكمان واضحان من ذات ألفاظ النص، وبالذات من لفظي "أحل" ، "وحرم". وهذا المعنى غير المقصود من السياق، إذ الآية أنزلت لنفي المماثلة بين البيع والربا، والرد على من قالوا «إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا».

ومن أمثلته كذلك قول الله تعالى «فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً»[١٣٤]. فهذا النص ظاهر في إباحة نكاح ما طاب من النساء، ولكن هذا الحكم غير المقصود أصلاً من سياق الآية، لأن المقصود أصالة من السياق هو قصر تعدد الزوجات على أربع، وقصره على واحدة عند خشية عدم العدل.

ومن أمثلته كذلك قول الله تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأُنثَى بِالأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاء إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَاْ أُولِيْ الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ». فنص هذه الآية ظاهر في وجوب القصاص في الإسلام، وهذا ما يتضح في قوله سبحانه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ». ولكن هـذا المعنى ليس المقصود من سياقه؛ إذ الآية سيقت للتنديد باليهود الذين تركوا حكم القصاص الوارد في التوراة.

١٥٠- حكم الظاهر:

حكم النص الظاهر هو وجوب العمل بما يقرره من حكم، إذ الأصل أن يفهم النص على ظاهره، ويعمل به على ظاهره، ويقتضي ذلك عدم صرفه عن ظاهره إلا إذا اقتضى ذلك دليل يستلزم صرف النص عن المعنى الظاهر له.

---

[١٣٣] سورة البقرة الآية ٢٧٥.

[٢] سورة النساء الآية ٣.

والنص الظاهر يحتمل التأويل إذا وجد دليل في قوة النص يقتضي صرفه إلى معنى غير الظاهر منه. وتأويل الظاهر يكون بتخصيصه، أو تقييده، أو صرفه إلى معنى مجازي.

والنص الظاهر يحتمل النسخ، بشرط أن يكون الناسخ نصاً في قوته، وأن يكون ذلك في العهد الذي يجوز فيه نسخ الأحكام، أي عهد الرسالة.

ب – النص

١٥١– تعريف النص:

النص هو ما دل بذاته أي دون أمر خارجي على المعنى المراد منه، وكان هذا المعنى هو المقصود من سياقه، وكان يحتمل التأويل.

ويتضح بذلك أن ما يميز النص، أن الحكم أو المعنى الوارد فيه يستخلص منه دون استعانة بأمر خارجي عنه. وكان هذا الحكم أو المعنى هو المقصود من سياقه، وكان يحتمل التأويل، ويحتمل النسخ كذلك.

ومن أمثلة النص قول الله تعالى: «وَأَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا»، فهذه الآية نص في معنى عدم التماثل بين البيع والربا، إذ هو معنى متبادر من ذات ألفاظ الآية، وهو المقصود أصالة من سياقها.

ومثاله كذلك قول الله تعالى «فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ»، فهذه الآية نص في قصر التعدد على أربع زوجات، إذ هو المعنى المتبادر من الآية، وهو المقصود أصالة من سياقها.

١٥٢– حكم النص:

حكم النص هو وجوب العمل بما ورد فيه حكم، إذ دلالته عليه واضحة، دون أمر خارجي، وهو المقصود من السياق.

ولكن النص يقبل التأويل. ويعني التأويل صرف الألفاظ عن مدلولها الظاهر بدليل شرعي[١٣٥]. ومؤدى ذلك عدم جواز التأويل دون سند من دليل

---

[١٣٥] الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف، صفحة ١٨٤.

شرعي، إذ يكون حينذاك تعطيلاً للمعنى الواضح المتبادر من السياق. والدليل الشرعي يدخل فيه مصادر الأحكام الشرعية المعتبرة، مثل النصوص الشرعية والقياس وما إلى ذلك من المصادر.

ومثال التأويل الذي أقره الفقه تخصيص قول الله تعالى "وأحل الله البيع" بأحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم التي ورد فيها النهي عنه عن بيع الغرر، وبيع الثمر قبل أن يبدو صلاحه، وبيع ما لا يملكه البائع.

ومن أمثلته كذلك تخصيص قول الله تعالى «وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوَءٍ»[١٣٦] بقوله سبحانه «وَأُوْلاتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ»[١٣٧].

ومثاله أيضاً تخصيص قوله تعالى «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ»، بقوله سبحانه «أَوْ دَمَاً مَسْفُوحَاً»، مما مؤداه حل الدم غير المسفوح.

والنص أقوى من الظاهر، إذ هو المقصود من السياق، وبناء على ذلك، فإذا تعارض النص مع الظاهر رجح النص، لأنه المقصود من السياق. وتطبيقاً لذلك، فقد رجحت "آية تحريم الخمر" على آية "حل كل طعام وشراب"، إذ الأولى "نص في حكمها" والثانية "ظاهر في حكمها"، فرجح النص.

جـ – المفسر

١٥٣– تعريف المفسر:

المفسر هو ما دل بذاته على المراد منه بتفصيل ينتفي معه أي احتمال لتأويله، ويفترض ذلك أن صيغة النص واضحة محددة بحيث يستخلص منها معنى واحدٌ دون غيره، الأمر الذي ينتفي معه احتمال إرادة معنى آخر، ومؤدى ذلك عدم جواز تأويل النص المفسر.

ومثال النص المفسر قول الله تعالى في شأن قاذفي المحصنات «وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً»[١٣٨]، فإن عدد الجلدات

---

[١٣٦] سورة البقرة، الآية ٢٢٨.

[٢] سورة الطلاق، الآية ٤.

[٣] سورة النور، الآية ٤.

[٤] سورة التوبة، الآية ٣٦.

الذي أوردته الآية لا يحتمل زيادة ولا يحتمل نقصاً. ومثاله كذلك قوله سبحانه «وَقَاتِلُواْ الْمُشْرِكِينَ كَآفَّةً»[١٣٩]، ذلك أن لفظ "كافة" ينفي بذاته احتمال أي تخصيص.

وقد يتخذ النص المفسر صورة أخرى، وهي أن يرد النص في صورة مجملة ثم يلحقها الشارع بتفسير تفصيلي قطعي، ينتفي معه احتمال تأويله أو الخلاف في تفسيره، مثال ذلك آيات الصلاة والزكاة، كما في قوله تعالى «وَأَقِيمُواْ الصَّلاَةَ وَآتُواْ الزَّكَاةَ»[١٤٠]، فلفظا الصلاة والزكاة وردا مجملين ثم جاءت السنة ففصلت كلا منهما تفصيلاً شاملاً قطعياً، فقد صلى الرسول عليه الصلاة والسلام، ثم قال للناس "صلوا كما رأيتموني أصلي"، فكانت السنة مفسرة بذلك مدلول الصلاة والزكاة على نحو لم يعد معه يحتمل تأويلاً. وهذه الصورة للنص المفسر تفترض ورود النص مجملاً ثم إلحاقه بنص يفسر إجماله بحيث يصير معه غير محتمل تأويلاً.

١٥٤- حكم النص المفسر:

يتميز النص المفسر – على ما تقدم – بأنه لا يقبل التأويل ولكن يقبل النسخ؛ وهو أقوى دلالة من الظاهر والنص.

وحكم النص المفسر هو وجوب العمل بما أورده من حكم، وعدم جواز صرف معناه إلى معنى آخر، واحتمال النسخ الذي يرد على المفسر مجاله الزمني هو عهد الرسالة؛ إذ هو العهد الذي يجوز أن يرد فيه دليل نسخ، أما بعد انقضائه بانتقال الرسول صلى الله عليه وسلم إلى الرفيق الأعلى فجميع الأحكام الشرعية لا تقبل النسخ، إذ لم يعد محل لدليل ينسخ حكماً شرعياً ورد في عهد الرسالة.

د – الترجيح بين النصوص الواضحة الدلالة

١٥٥- ترجيح النص على الظاهر:

قدمنا أن النص أقوى دلالة من الظاهر، إذ المعنى المستفاد من النص مقصود من سياقه، فهو المتبادر إلى الفهم، وذلك على خلاف الظاهر، وبناء على ذلك، فإنه إذا تعارض ظاهر مع نص، رجح النص على الظاهر. ومثال

---

[١٤٠] سورة البقرة، الآية ١١٠.

[٢] سورة النساء، الآية ٢٤.

ذلك قول الله تعالى «وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاء ذَلِكُمْ»[١٤١] وقوله سبحانه «فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ»[١٤٢]، فالآية الأولى ظاهرة في إباحة تعدد الزوجات دون قيد، والآية الثانية نص في قصر التعدد على أربع، فرجحت الثانية على الأولى، ترجيحاً للنص على الظاهر.

١٥٦- ترجيح المفسر على النص:

المفسر لا يقبل تأويلاً، فلا احتمال لصرفه عن دلالته في حين يقبل النص

التأويل، ومن ثم كان المفسر أقوى دلالة. وبناء على ذلك فإنه إذا تعارض نص مع مفسر رجح المفسر. وتطبيقاً لذلك، قوله صلى الله عليه وسلم "المستحاضة تتوضأ لكل صلاة"، وقوله "المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة: فالحديث الأول **نص** في إيجاب الوضوء لكل صلاة، والحديث الثاني **مفسر** في إيجاب الوضوء لوقت كل صلاة، فرجح على الأول. وتفصيل ذلك أن الأول يحتمل التأويل في أن يكون الوضوء لكل صلاة ولو أدى في الوقت الواحد عدة صلوات، في حين قطع الحديث الثاني بالحكم فقرر الوضوء لوقت كل صلاة، فكان مفسراً واجب الترجيح.

(٢) النص غير الواضح الدلالة

١٥٧- تعريف النص غير الواضح الدلالة:

النص غير الواضح الدلالة لا يفهم المعنى المراد به بذات ألفاظه، ولكن يتعين الاستعانة بأمر خارجي لفهم معناه: فهو غير ذاتي الدلالة، وإنما يعتمد استخلاص دلالته على ما هو مستقل عنه.

١٥٨- مراتب النص غير الواضح الدلالة:

النص غير الواضح الدلالة على درجات متفاوتة من حيث درجة خفاء دلالته، ومدى الجهد المتطلب لإزالة هذا الخفاء. واستناداً إلى ذلك ميز

---

[٣] سورة النساء، الآية ٣.

الأصوليون بين مراتب أربع من النص غير الواضح الدلالة: فميزوا بين الخفي، والمشكل، والمجمل، والمتشابه.

ونفصل ذلك فيما يلي:

أ – النص الخفي

١٥٩– تعريف النص الخفي:

النص الخفي يمثل أدنى مراتب الخفاء؛ إذ خفاؤه يزال بالاجتهاد وإمعان النظر. ويفترض النص الخفي غموضاً من حيث تطبيقه على بعض الأفراد الذين يشير إليهم؛ إذ يثير التساؤل عما إذا كان يطبق على هؤلاء الأفراد أسوة بسائرهم أم أنهم يستثنون من أحكامه، ويعتبر النص خفياً بالنسبة لهؤلاء الأفراد. وقد عرف الإمام البزدوي النص الخفي بأنه "ما اشتبه معناه وخفي مراده بعارض غير الصيغة لا ينال إلا بالطلب"[١٤٣].

ومنشأ الخفاء أن بعض الأفراد الذين يفترض أن يطبق النص عليهم يتميزون على سائر أفراده بصفة خاصة، أو يطلق عليهم لغة أو عرفاً اسم خاص يتميزون به. والطريق إلى إزالة الخفاء هو البحث وإمعان النظر، بحيث يتجه المجتهد إلى تحديد ما إذا كان ذلك الأمر الذي يتميز به هؤلاء الأفراد يخرجهم من نطاق المدلول اللغوي أو العرفي للفظ الخفي أو يخرجهم من علة النص فيستبعد بالنسبة لهم الحكم الوارد فيه.

١٦٠– تطبيقات النص الخفي:

أبرز هذه التطبيقات هو الفصل فيما إذا كان "الطرار" أي النشال، "والنباش" أي حافر القبور وآخذ المال المودع فيه يصدق عليهما لفظ السارق الذي ورد في قوله تعالى «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا جَزَاء بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللّهِ وَاللّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ»[١٤٤]. في هذا الفرض يعد لفظ "السارق" خفياً بالنسبة للطرار والنباش، ومصدر الخفاء تميز كل منهما بوصف زائد يتميز به عن السارق. وعلى المجتهد في هذا الفرض أن يتحرى بإمعان النظر ما إذا كان

---

[١٤٣] الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة، صفحة ١١٨.

[١٤٤] سورة المائدة، الآية ٣٨.

لفظ السابق يتسع لهما. وقد تختلف في ذلك الآراء: فالطرار يختلف عن السارق العادي في أنه يأخذ المال بخفة اليد ومسارقة الأعين من مجني عليه متيقظ متنبه؛ فما يميزه عن السارق العادي هو الجرأة والاستغفال. والرأي المجمع عليه أنه يعتبر سارقاً وتقطع يده. والحجة في ذلك توافر جميع أركان السرقة في حقه، بل أضيفت إليها الجرأة، وهي تجعله أكبر إثماً من السارق العادي. أما النباش فاختلافه عن السارق العادي أنه يأخذ المال من غير حرز، ويظن أنه غير مملوك لأحد، إذ الميت لا ملك له، وأهله تخلوا عن المال بوضعه في القبر، بالإضافة إلى أن هذا المال لا يرغب فيه ذوو الطبع السليم من الناس. في هذا الفرض يعتبر لفظ السارق خفياً بالنسبة للنباش، ومن ثم يثور التساؤل حول ما إذا كان يدخل في مدلول السارق، فتقطع يده أم لا يدخل فيه فيعزر. وقد ذهب الإمامان أبو يوسف والشافعي إلى أنه سارق فتقطع يده، وذهب سائر أئمة الحنفية إلى أنه ليس بسارق، فيعزر.

ومن تطبيقـــات الخفـــاء كذلك لفظ "القاتل" في قوله صلى الله عليه وسلم "لا يرث القاتل"، وما إذا كان يصدق على القاتل خطأ، وعلى القاتل بالتسبب والفصل في ذلك موضع للخلاف في الرأي.

ب – المشكل

١٦١– تعريف النص المشكل:

المشكل هو اللفظ الذي لا يدل بصيغته على المعنى المراد منه، وإنما يتعين الاستعانة بدليل خارجي لتعرف ذلك المعنى. فسبب الإشكال هو ذات اللفظ، ولو اقتصرنا على النظر فيه ما أمكن حسم ذلك، فتعين تحري الوسيلة إلى حسمه في قرينة خارجة عنه.

ومصدر الإشكال أمران: أن اللفظ موضوع لغة أو عرفاً لمعنيين أو أكثر وليس في ذات اللفظ ما يدل على المعنى المراد؛ إذ أن المعنى المتبادر للفظ في نص معارض للمعنى المتبادر من ذات اللفظ في نص آخر.

١٦٢– تطبيقات النص المشكل:

من أهم هذه التطبيقات تحديد معنى لفظ "قرء"، وهل المراد به الحيض أم الطهر، ومصدر الإشكال أن اللغة تطلق هذا اللفظ عليهما معاً. وقد ورد لفظ

"القرء" في قوله تعالى «وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلاَثَةَ قُرُوَءٍ»[١٤٥]، فهل تفسر هذه الآية في معنى أن عدة المطلقة ثلاث حيضات أم ثلاثة أطهار. وقد اختلف الفقهاء في ذلك: فذهب الشافعية إلى أن المراد بالقرء هو الطهر واحتجوا لذلك بتأنيث اسم العدد الذي يدل لغة على أن المعدود مذكر، وهو الطهر لا الحيضة، وذهب أئمة الحنفية إلى أن المراد ثلاثة حيضات، فالقرء فسر في معنى الحيضة، وحجتهم في ذلك أن الحكمة في إيجاب العدة هو التعرف على براءة رحمها، والذي يعرف به ذلك هو الحيض. وحجتهم كذلك قول الله تعالى «وَاللائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللائِي لَمْ يَحِضْنَ»[١٤٦] فقد جعلت هذه الآية مجال الاعتداد بالأشهر هو عدم الحيض، مما يفيد أن الأصل هو الاعتداد بالحيض. واحتجوا في النهاية بقوله عليه الصلاة والسلام «طلاق الأمة ثنتان وعدتها حيضتان»، ذلك أن التصريح بأن عدة الأمة بالحيض يتضمن بيان المراد بالقرء في عدة الحرة بأنه الحيض كذلك.

وقد يكون مصدر الإشكال في التوفيق بين عدد من النصوص، كل نص منها على حدة ظاهر الدلالة على معناه، ولكن يبدو التوفيق بينها عسيراً: مثال ذلك التوفيق بين قوله تعالى «مَّا أَصَابَكَ مِنْ حَسَنَةٍ فَمِنَ اللّهِ وَمَا أَصَابَكَ مِن سَيِّئَةٍ فَمِن نَّفْسِكَ»[١٤٧]، وقوله سبحانه «قُلْ كُلًّ مِّنْ عِندِ اللّهِ»[١٤٨]. والتوفيق بين قوله تعالى «قُلْ إِنَّ اللّهَ لاَ يَأْمُرُ بِالْفَحْشَاءِ»[١٤٩] وقوله جل شأنه «وَإِذَا أَرَدْنَا أَن نُّهْلِكَ قَرْيَةً أَمَرْنَا مُتْرَفِيهَا فَفَسَقُواْ فِيهَا فَحَقَّ عَلَيْهَا الْقَوْلُ فَدَمَّرْنَاهَا تَدْمِيراً»[١٥٠].

والوسيلة إلى حسم الإشكال هي الاجتهاد: الاجتهاد في تحديد معنى اللفظ بالرجوع إلى مفهومه في اللغة أو العرف الشرعي أو تحري علة النص إذا كان دالاً على عدد من المعاني، والاجتهاد في التوفيق بين النصوص التي تبدو في ظاهرها متعارضة مستهدياً بالأصول العامة للتشريع وحكمته.

---

[١٤٥] سورة البقرة، الآية ٢٢٨.
[١] سورة الطلاق، الآية ٤.
[٢] سورة النساء الآية ٧٩.
[٣] سورة النساء، الآية ٧٨.
[٤] سورة الأعراف، الآية ٢٨.
[٥] سورة الإسراء، الآية ١٦.

جـ – المجمل

١٦٣ – تعريف اللفظ المجمل:

اللفظ المجمل هو الذي لا يدل بصيغته على المراد به، ولا توجد قرائن تدل على المراد منه. وقد عرفه الإمام البزدوي بأنه «ما ازدحمت فيه المعاني واشتبه المراد اشتباهاً لا يدرك بنفس العبارة بل بالرجوع إلى الاستفسار ثم الطلب والتأمل».

١٦٤ – أمثلة اللفظ المجمل:

أهم أمثلة للفظ المجمل الألفاظ التي لها دلالة معروفة في اللغة ولكن الشارع

نقلها إلى مدلولات اصطلاحية خاصة، مثل ألفاظ الصلاة والزكاة والصيام والحج والدية والربا.

ومن أمثلة اللفظ المجمل اللفظ الغريب على الاستعمال اللغوي المعتاد الذي فسره الشارع بالكشف عن المدلول الذي يريده له، مثال ذلك لفظ "القارعة" الذي حددت معناه الآية التي ورد فيها. فقد قال الله تعالى «الْقَارِعَةُ مَا الْقَارِعَةُ وَمَا أَدْرَاكَ مَا الْقَارِعَةُ يَوْمَ يَكُونُ النَّاسُ كَالْفَرَاشِ الْمَبْثُوثِ»[١٥١]؛ ولفظ "الهلوع" الذي فسرته الآية التي ورد فيها، فقد قال سبحانه «إِنَّ الإنسَانَ خُلِقَ هَلُوعاً إِذَا مَسَّهُ الشَّرُّ جَزُوعاً وَإِذَا مَسَّهُ الْخَيْرُ مَنُوعاً»[٢].

١٦٥ – حكم اللفظ المجمل:

حكم اللفظ المجمل هو وجوب العمل به بعد استظهار دلالته: فإذا كان الشارع قد نقله إلى مدلول اصطلاحي تعين تحري هذا المدلول، بالرجوع إلى نصوص شرعية أو سنة فعلية حددت هذا المدلول، وعلى سبيل المثال فقد حدد الرسول صلى الله عليه وسلم المدلول الاصطلاحي "للصلاة" فقال "صلوا كما رأيتموني أصلي"، وحدد المدلول الاصطلاحي "للحج"، فقال "خذوا عني مناسككم"، وورد عنه أحاديث تبين المدلول الشرعي للدية والربا، ومن ثم كان على المجتهد تحري المدلول الشرعي للفظ المجمل واستخراج الحكم الواجب العمل به. وإذا

---

[١٥١] سورة القارعة، الآيات ١، ٢، ٣، ٤.   [٢] سورة المعارج، الآيات ١٩، ٢٠، ٢١.

http://www.rafatosman.com/

كان البيان التشريعي للفظ المجمل غير واف فمؤدى ذلك أن الشارع قد فتح باب الاجتهاد وأرشد إلى سبله، فيتعين على المجتهد أن يسلك هذه السبل، كي يستخرج الأحكام التفصيلية الواجبة التطبيق، ومثال ذلك لفظ "الربا" الذي أورده القرآن مجملاً ثم بينه الرسول صلى الله عليه وسلم في حديث الأموال الربوية الستة الذي ورد فيه "الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والملح بالملح، والتمر بالتمر، مثلاً بمثل، سواء بسواء، يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يداً بيد". فهذا الحديث، على الرغم مما أورده من تفصيل، فهو لم يحصر الربا فيها، وإنما أرشد إلى أهم حالاته، فكان على المجتهد أن يسترشد بذلك البيان فيقيس على ما ورد فيه من بيان، كي يخلص إلى تفصيل أحكام الربا. وإذا كان الشارع قد أورد لفظاً غريباً ثم فسره، كما في لفظي "القارعة" ، "والهلوع" ، فعلى المجتهد الالتزام بهذا التفسير التشريعي.

فإذا زال إجمال النص، صار من قبيل "النص المفسر"، فلا يدخل عليه تخصيص أو تأويل. وتعين العمل به بعد أن زال إجماله.

د – المتشابه

١٦٦– تعريف اللفظ المتشابه:

اللفظ المتشابه هو الذي لا تدل صيغته بذاتها على المعنى المراد منه، ولا توجد قرائن يمكن الاستعانة بها في فهم معناه. ويميل بعض الأصوليين إلى القول بأن الله تعالى قد استأثر بعلمه بمعنى اللفظ المتشابه، ومن ثم لا يكون محل للاجتهاد في تحري هذا المعنى. ولكن بعضهم يرون الاجتهاد في فحوى المراد به.

وأهم أمثلة للفظ المتشابه الحروف المقطعة التي وردت في أوائل بعض السور، مثل أ ل م ، ح م ، ك هـــ يـــ ع ص. ومثاله كذلك الآيات التي ورد فيها أن الله تعالى يشبه خلقه في أن له يداً، وعيناً أو مكاناً، كقوله تعالى «يَدُ اللَّهِ فَوْقَ أَيْدِيهِمْ»[١٥٢]، وقوله سبحانه «مَا يَكُونُ مِن نَّجْوَى ثَلاثَةٍ إِلا هُوَ رَابِعُهُمْ وَلا خَمْسَةٍ إِلا هُوَ سَادِسُهُمْ وَلا أَدْنَى مِن ذَلِكَ وَلا أَكْثَرَ إِلا هُوَ مَعَهُمْ أَيْنَ مَا كَانُوا»[٢].

---

[١٥٢] سورة الفتح، الآية ١٠.

[٢] سورة المجادلة، الآية ٧.

ومرجع الخلاف إلى تفسير قول الله تعالى في شأن المتشابهات «وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُ إِلاَّ اللَّهُ وَالرَّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ يَقُولُونَ آمَنَّا بِهِ كُلٌّ مِّنْ عِنْدِ رَبِّنَا»[١٥٣]. فبعض المفسرين رأى الوقوف عند لفظ "الله"، فخلصوا إلى أن الله تعالى قد استأثر بعلم مدلول هذه الألفاظ. وبعض المفسرين رأي الوقوف عند عبارة «الرَّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ»، فخلصوا إلى أن الراسخين في العلم يسعهم بما أوتوا من علم ورسخوا فيه أن يستنبطوا معنى هذه الألفاظ.

وقد خلص هذا الفريق من المفسرين إلى تفسير الحروف المقطعة في أوائل السور بان المراد بها أن القرآن الذي عجز الناس عن أن يأتوا بمثله مكون من حروف اللغة العادية وليس من حروف غير مألوفة لهم.

ويدعم هذا القول أن ذكر هذه الحروف قد أعقبه ذكر "الكتاب"؛ إذ يعني ذلك الصلة بين هذه الحروف وإعجاز القرآن الكريم. وخلص هؤلاء المفسرون كذلك إلى أن الآيات التي تضمنت أن الله سبحانه يشبه خلقه وأن له أعضاء أو حواس تشبه ما لهم، هذه الآيات يتعين أن تؤول إلى معنى يتفق مع تنزيه الله تعالى عن أن يشبه خلقه، فهو ليس كمثله شيء وهو السميع البصير: فقوله تعالى «يَدُ اللَّهِ فَوْقَ أَيْدِيهِمْ» تأويله أن قدرة الله تعالى فوق قدرتهم، وقوله سبحانه «وما يكون من نجوى ثلاثة إلا هو رابعهم ولا خمسة إلا هو سادسهم ولا أدنى من ذلك ولا أكثر إلا هو معهم أينما كانوا» تأويله أنه سبحانه مع كل من يتناجون، وأنه يعلم ما يتناجون به.

وهذا المذهب هو الأرجح في تقديرنا: ذلك أن الله تعالى أنزل القرآن الكريم ليتدبر الناس آياته ويتفكروا فيها ويهتدوا بها ويطابقوا سلوكهم على مقتضى ما تضمنته من أوامر، ويفترض ذلك أن تكون جميع آياته قابلة للفهم، إما بمجرد القراءة وإما بعد التأمل والاجتهاد بسبله المقررة. وقد يتطلب تفسير بعض الآيات اجتهاداً متعمقاً، وقد تختلف فيه الآراء، ولكن يبقى بعد ذلك أن جميع آيات القرآن تقبل الفهم، ولا يتصور أن يكون بعضها لا سبيل إلى فهمه على الإطلاق.

---

[٣] سورة آل عمران، الآية ٧.

المطلب الثاني

التفسير المنطقي للنصوص

١٦٧- تمهـــيد:

يعني التفسير المنطقي للنصوص تطبيق الأصول والقواعد التي استقرت في علم المنطق لاستظهار الأحكام الشرعية التي تستخلص من النص، ذلك أن النص الشرعي ليس مجرد عبارات لغوية، وإنما هو يضع قواعد كلية لكي تستنبط منها أحكام جزئية تطبق على الفروض التي تثور في الحياة. ويفترض ذلك تحري الشروط المتطلبة لتطبيق القاعدة الكلية على هذه الفروض، واستخلاص آثار هذا التطبيق في كل فرض، وقد تختلف هذه الآثار من فرض إلى آخر.

ويفترض التفسير المنطقي للنص الشرعي تطبيق الأساليب التي أقرها علم المنطق، ولكن يتعين مع ذلك أن يدخل التهذيب والتطويع على بعض هذه الأساليب لكي توافق مقتضيات تفسير النص الشرعي.

وأهم الأساليب المنطقية التي نتناولها بالدراسة: مفهوم المخالفة، وتخصيص العام، ودلالة الخاص.

(١) مفهوم المخالفة

١٦٨- تعريف مفهوم المخالفة:

مفهوم المخالفة هو إثبات نقيض الحكم الوارد في منطوق النص لما سكت عنه النص؛ إذ قيد حكم النص بقيد يفهم منه جعل ذلك الحكم مقصوراً على حالة توافر ذلك القيد.

وفي تعبير آخر، فإن النص يدل بمنطوقه على الحكم المقيد المنصوص عليه، ويدل "بمفهوم المخالفة" على نقيض ذلك الحكم في غير موضع القيد.

ويفترض مفهوم المخالفة – في المنطق – أن النص قرر حكماً واتضح بتفسيره أن لهذا الحكم علة، تجعل نطاقه مقصوراً على حالة توافر هذه العلة. فإذا عرض فرض لا تتوافر فيه هذه العلة أثبت له نقيض الحكم الذي ارتبط بالعلة، وكان دائراً معها وجوداً وعدماً.

والأصل أن النص الشرعي تقتصر دلالته على الفرض الذي ورد فيه، وحكمه فيما عدا هذا الفرض يستدل عليه بدليل شرعي مستقل عن النص، ولكن قد يستنبط بمفهوم المخالفة من النص.

١٦٩- أنواع مفهوم المخالفة:

مفهوم المخالفة أنواع خمسة: مفهوم اللقب، ومفهوم الوصف، ومفهوم الشرط، ومفهوم الغاية، ومفهوم العدد. ونفصل فيما يلي المراد بكل نوع:

١- مفهوم اللقب:

مفهوم اللقب هو أن يذكر الحكم مختصاً بجنس أو نوع معين ويؤدي مفهوم اللقب أن يثبت الحكم لما اختص به منطوق النص وأن ينتفي ويثبت عكسه لما عدا ذلك. ومثال "مفهوم اللقب"، قول رسول الله صلى الله عليه وسلم "لي الواجد ظلم يحل عقوبته"[١٥٤]، فهذا الحديث يدل بمفهوم المخالفة على أن لي غير الواجد ليس ظلماً ولا يحل عقوبته.

٢- مفهوم الوصف:

مفهوم الوصف أن يرد الحكم مقيداً بوصف معين فيقتصر على الفرض الذي توافر فيه هذا الوصف، فإذا لم يتوافر أثبت نقيض ذلك الحكم. ومثال "مفهوم الوصف" قول الله تعالى «وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مِّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ»[١٥٥]. والوصف الذي قيد به حل الزواج من الأمة أن تكون مؤمنة ومفهوم المخالفة من هذا النص أنه لا يحل الزواج من أمة غير مؤمنة.

٣- مفهوم الشرط:

يعني مفهوم الشرط أن يورد النص الحكم معلقاً على شرط، فيكون مؤدى مفهوم المخالفة أنه إذا انتفي ذلك الشرط، أثبت نقيض الحكم. ومثال ذلك قوله تعالى «وَإِن كُنَّ أُولاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْـنَ حَمْلَهُنَّ»[١٥٦]؛ إذ يستخلص منه بمفهوم المخالفة، أنه إذا لم يكن أولات حمـل فلا نفقة لهن. وقوله سبحانه «فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مَّرِيئاً»[١٥٧]، إذ يستخلص منه بمفهوم

---

[١٥٤] أي أن مطل الغني القادر على أداء الدين ظلم يسوغ العقاب: الأستاذ الشيخ أبو زهرة، ص ٢٥٧، ٢٥٨.

[١٥٥] سورة النساء، الآية ٢٥.

[٣] سورة الطلاق، الآية ٦.

[١٥٧] سورة النساء، الآية ٤.

[٥] سورة البقرة، الآية ٢٣٠.

المخالفة أنه إذا لم تطب نفس الزوجة عن شيء من مهرها فلا يحل لزوجها أن يأخذه.

٤- مفهوم الغاية:

يعني مفهوم الغاية أن يرد الحكم الشرعي في النص مقيداً بغاية تحدد أجله. فإذا بلغت هذه الغاية، فإن إثبات نقيض الحكم لما يأتي بعد بلوغ الغاية يعد تفسيراً بمفهوم المخالفة. ومثال مفهوم الغاية قول الله تعالى «فَإِن طَلَّقَهَا فَلاَ تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىَ تَنكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ»(١٥٨) يستفاد منه أن تحريم المطلقة على مطلقها غايته أن تنكح زوجاً غيره، فإذا بلغت هذه الغاية بزواجها من غيره وطلاقها منه زال تحريمها على زوجها الأول.

٥- مفهوم العدد:

يعني مفهوم العدد أن يرد الحكم الشرعي مقيداً بعدد محدد، ومؤدى ذلك تخلف الحكم عند عدم ثبوت هذا العدد. ومثال ذلك قول الله تعالى «الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ»(١٥٩). فالمستفاد من ذلك بمفهوم المخالفة أن الزيادة على مائة لا تجوز، وأن النقص عن مائة لا يعد تنفيذاً للحد.

١٧٠- حجية مفهوم المخالفة:

أجمع الأصوليون على أنه لا حجية لمفهوم المخالفة في اللقب: ذلك أن بيان الحكم في شأن جنس أو علم لا يستدل منه بالضرورة إثبات نقيض الحكم بغير هذا الجنس أو العلم، فقد توجد أجناس أو أعلام أخرى يتعين ثبوت ذات الحكم لها. ويستند ذلك إلى عرف اللغة: فمن قال: "محمد رسول الله" لا يفهم منه غير محمد ليس رسول الله. وتطبيقاً لذلك فإن قول رسول الله صلى الله علين وسلم "في البر صدقة" لا يفهم منه أن غير "البر" لا تثبت فيه "الصدقة"، وقوله "في الغنم زكاة" لا يستدل به على أن "غير الغنم" ليس فيها زكاة. وقد قال الإمام الشوكاني في نفس حجية مفهوم اللقب "القائل بمفهوم اللقب لا يجد حجة لغوية ولا عقلية ولا شرعية. ومعلوم من لسان العرب أن من قال رأيت زيداً، لا يفهم منه قوله أنه لم ير غيره. وأما إذا دلت القرينة على العمل به في جزئية خاصة، فما ذلك إلا لقرينة.

---

(١) سورة النور، الآية ٢.

أما مفهوم المخالفة في الوصف، والشرط، والغاية، والعدد، فقد اختلف الأصوليون في شأن حجيته.

فالأصوليون من الحنفية نفوا دلالة مفهوم المخالفة في الأنواع السابقة، وقالوا إن النص إذا أثبت حكماً شرعياً مقيداً بوصف أو شرط أو غاية أو عدد معين، ثبت الحكم عند توافر الوصف أو الشرط أو الغاية أو العدد الذي قيد الحكم به، واقتصرت دلالته على ذلك، فإذا انتفى ذلك القيد اعتبر الحكم مسكوتاً عنه، وتعين البحث عن دليل آخر غير ذلك النص لاستنباط حكمه. وقد يكون ذلك الدليل في "الإباحة الأصلية". واحتجوا لذلك بأن دلالة النص على نفي الحكم حيث لا يتوافر القيد ليست قطعية وإنما هي محض احتمال وظن، ولا يجوز أن تقوم الأحكام الشرعية على مجرد الاحتمال والظن، إذ يتعين أن يكون ثبوتها على وجه القطع واليقين.

واحتجوا كذلك بأن بعض النصوص أثبت أحكاماً مقيدة بقيد، ومع ذلك أجمع المفسرون على ثبوت ذات الحكم وليس نقيضه، كما يقضي مفهوم المخالفة، للوضع الذي لا يتوافر فيه القيد. ومثال ذلك قول الله تعالى في بيان المحرمات من النساء «وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُم»[١٦٠]. فقد قيد تحريم الزواج من الربيبة، أي ابنة الزوجة، بأن تكون في حجر زوج أمها، ولكن الإجماع على تحريم هذا الزواج وإن كانت في غير حجره. بل إن النفي الشرعي قد يثبت الحكم للحالة التي توافر فيها القيد ثم يثبت نقيضه في الحالة التي لا يتوافر فيها ذلك القيد. كما يفهم منه أنه لم يجد في مفهوم المخالفة ما يغني عن التصريح. ومثال ذلك أن الآية السابقة بعد أن قيدت تحريم الزواج من الربيبة بأن تكون أمها مدخولاً بها، أعقبت ذلك بأن نصت على حل الزواج منها إذا لم تكن أمها مدخولاً بها، فقال عز وجل «وَرَبَائِبُكُمُ اللاَّتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ اللاَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ»[١٦١].

واحتج جمهور الأصوليين بأنه إذا أورد النص الشرعي حكماً وقيده بوصف أو شرط أو غاية أو عدد، فلابد أن يكون ذلك لعلة شرعية؛ إذ لا يعقل أن يكون ذلك لغير علة وإلا كان إيراد القيد عبثاً، والعبث يتنزه عنه النص الشرعي، وهذه العلة لا يمكن أن تكون إلا تخصيص حكم النص بتوافر القيد،

---

[١٦٠]، [٢] سورة النساء، الآية ٢٣.

فإذا لم يتوافر ذلك القيد تعين نفي الحكم، للارتباط الذي أقامه الشارع بينهما، فحيث يوجد القيد يوجد الحكم، فإذا زال القيد انتفى الحكم.

والأرجح هو مذهب جمهور الأصوليين لما تقدم من إيراد الحكم مقيداً بقيد يعني تخصيصه، وانتفاءه إذا لم يتوافر ذلك القيد. ولكن هذه الحجية لمفهوم المخالفة مشروطة بالتحقق من أن القيد الذي أورده النص ليس لعلة أخرى غير التخصيص، إذ ينتفي السند المنطقي لمفهوم المخالفة. ويجب التحقق كذلك من أن الوضع الذي سكت النص عن بيان حكمه لم يرد في شأنه حكم أورده دليل آخر، وبصفة خاصة نص آخر. ومقتضى ذلك وجوب توافر شرطين ليكون لمفهوم المخالفة حجيته:

١٧١- شروط حجية مفهوم المخالفة:

علة شروط الاحتجاج بمفهوم المخالفة وجوب التحقق من أن القيد الذي أورده النص، إنما أورده لتخصيص مجال تطبيق النص، أي التحقق من أن علة القيد هي التخصيص. وسند تطلب هذين الشرطين أن الحكم الشرعي يجب أن يستند ثبوته إلى القطع واليقين لا مجرد الظن والاحتمال.

والشرطان المتطلبان هما:

الشرط الأول: ألا يثبت أن القيد قد ورد لعلة أخرى غير تخصيص الحكم، والاحتراز عن تطبيقه في غير مجال القيد، كما لو كان ذكره للتنفير أو الترغيب أو الترهيب، كما في قوله تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ الرِّبَا أَضْعَافاً مُّضَاعَفَةً وَاتَّقُواْ اللّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ»[١٦٢]؛ إذ وصف الربا "بالمضاعفة"، إنما ورد للتنفير، فلا يستخلص منه حل الربا في غير توافر القيد الذي أورده النص. وقد استدل على ذكره على سبيل التنفير من قوله تعالى «وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لاَ تَظْلِمُونَ وَلاَ تُظْلَمُونَ»[١٦٣].

الشرط الثاني: ألا يكون الوضع المسكوت عنه في النص قد ورد في شأنه نص أو دليل شرعي آخر يقرر حكماً غير الحكم المستخلص من مفهوم المخالفة، إذ يعني ذلك استبعاد مفهوم المخالفة. ومثال ذلك قول الله تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأُنثَى بِالأُنثَى»[١٦٤]. فقد

---

[١٦٢] سورة آل عمران، الآية ١٣٠.

[٢] سورة البقرة، الآية ٢٧٩.

[١٦٤] سورة البقرة، الآية ١٧٨.

[٤] سورة المائدة، الآية ٤٥.

يفهم هذا النص بمفهوم المخالفة أن الذكر لا يقتل بالأنثى، وأن الحر لا يقتل بالعبد، ولكن هذا الفهم مستبعد بقوله سبحانه «وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ»[١٦٥]، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم «النفس بالنفس»، إذ يستخلص من هذين النصين نقيض ما يستخلص بمفهوم المخالفة من الآية الأولى.

٢- تخصيص النص العام

١٧٢- تعريف النص العام:

النص العام هو ما دل علي شموله جميع أفراده دون حصر في عدد منهم، وإن كان يمثل غالبيتهم. ويعرف النص العام بلفظ عام يحدد النطاق الذي يسري فيه، ويجعل حكمه شاملاً جميع أفراده.

١٧٣- الفرق بين العام والمطلق:

والفرق أساسي بين العام والمطلق. فإذا كان اللفظ العام يدل علي شموله جميع أفراده. فإن المطلق يدل علي فرد شائع من بين أفراده، ولا علي جميع أفراده. وعبر الأصوليين عن هذا الفارق بقولهم "أن عموم العام شمولي، أما عموم المطلق فهو بدلي"، وأبرزوا هذا الفارق بقولهم إن العام يستغرق جميع أفراده "بوضع واحد"، أي طالما كانوا في ذات الوضع، أما المطلق فدلالته علي أفراده بالتبادل، أي مع تعدد أوضاعهم.

١٧٤- أمثلة العام:

ومثال العام قول الله تعالى «وَأَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا»، فهو نص عام في حل جميع البيوع وتحريم كل ربا، وقوله سبحانه وتعالى «الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي»، إذ يشمل كل من يرتكب الزنى، وقوله «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ» يشمل كل من يرتكب سرقة. ومثال العام كذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم "من ألقى سلاحه فهو آمن" يستغرق كل شخص ألقى سلاحه دون حصر في فرد أو أفراد معينين.

وقد استظهر بعض الأصوليين الألفاظ الدالة على العموم، فذكروا ما يلي: لفظ "كل" ولفظ "جميع"، والمفرد المعرف "بالـــ" تعريف الجنس، والجمع المعرف

"بألـــ" تعريف الجنس، والأسماء الموصولة، وأسماء الشرط، وأسماء الاستفهام، والنكرة في سياق النفي.

١٧٥- الفرق بين العام والخاص:

العام يقابل الخاص. والخاص لفظ وضع لمعنى واحد على سبيل الانفراد، كما لو كان دالاً على فرد واحد محدد بالشخص أو محدد بالجنس أو النوع، أو على أفراد متعددة محصورة مثل ثلاثة وخمسة، ورجل أو امرأة، وفريق وقوم وشعب.

١٧٦- حكم العام وجواز تخصيصه:

إذا كان النص عاماً، فورود لفظ عام فيه، وجب حمله على عمومه قطعاً، وتطبيقه من ثم على جميع أفراده، على سبيل القطع.

والعام يجوز تخصيصه، ولكن يتعين أن يكون تخصيصه بدليل، فإذا قام دليل على تخصيصه، وجب حمله على ما بقي من أفراده بعد ذلك التخصيص وأثبت الحكم لهم ظناً. ويتعين في الدليل الذي يخصص العام أن يكون مساوياً له من حيث القطعية أو الظنية.

١٧٧- دلالة العام الذي لم يخصص على أفراده:

يثور التساؤل حول نوع دلالة العام الذي لم يخصص على أفراده، أهي دلالة قطعية أم دلالة ظنية؟

ذهب الشافعية إلى أن دلالة العام الذي لم يخصص على أفراده هي دلالة ظنية، والحجة في ذلك هي احتمال تخصيصه. وإذا خصص كانت دلالته على ما بقي من أفراده دلالة ظنية كذلك، ومن باب أولى. ودعموا قولهم بأنه باستظهار النصوص العامة تبين أن الغالب الأعم منها قد دخل عليه التخصيص، والنادر الذي بقي دون تخصيص كان بقاؤه كذلك مستفاداً من قرينة صاحبته.

وذهب الحنفية إلى أن دلالة العام الذي لم يخصص هي دلالة قطعية.

وعلى الرغم من هذا الاختلاف، فإن ثمة ما هو متفق عليه: فمن ناحية الحكم الذي أورده النص العام يجب العمل به وتطبيقه على جميع أفراده. ومن ناحية ثانية، فإنه لا يجوز تخصيص العام بغير دليل شرعي، وإلا كان ذلك تأويلاً غير جائز.

ولكن الخلاف بين المذهبين يتضح في نوع الدليل المطلوب لتخصيص العام فمن ذهبوا إلى أن العام قبل تخصيصه الأول ظني الدلالة على أفراده أجازوا تخصيصه بدليل ظني، وبصفة خاصة أجازوا تخصيصه ابتداءً بحديث الآحاد، وأجازوا من باب أولى تخصيصه التخصيص الثاني بدليل ظني. ومن ذهبوا إلى أنه قبل تخصيصه الأول قطعي الدلالة على أفراده لم يجيزوا تخصيصه الأول إلا بدليل قطعي، فإذا خصص وصار ظني الدلالة على سائر أفراده جاز تخصيصه لمرة تالية بدليل ظني.

١٧٨- أقسام العموم:

العام أقسام ثلاثة:

القسم الأول:

عام يراد به قطعاً العموم، ويراد به العام الذي صاحبته قرينة تنفي احتمال تخصيصه، ومثال ذلك قوله تعالى «وَمَا مِن دَآبَّةٍ فِي الأَرْضِ إِلاَّ عَلَى اللّهِ رِزْقُهَا»[١٦٦]، وقوله سبحانه «وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاء كُلَّ شَيْءٍ حَيٍّ»[١٦٧].

القسم الثاني: عام يراد به قطعاً الخصوص: ويراد به العام الذي صاحبه قرينة تنفي بقاءه على عمومه، وتدل على أن المراد به بعض أفراده ومثال ذلك قول الله تعالى «وَلِلّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ»[١٦٨]، ذلك أن هذا النص يخرج قطعاً من نطاق عمومه غير الأهل للتكليف كالصغار والمجانين.

القسم الثالث: عام مخصوص، ويراد به العام الذي لم تصحبه قرينة تنفي احتمال تخصيصه، ولم تصحبه كذلك قرينة تنفي دلالته على العموم، وأمثلة ذلك غالبية النصوص التي وردت في صيغة العموم، ولم تصحبها قرينة مما تقدم. وقد قال الإمام الشوكاني في شأنه "إن العام الذي لم تصاحبه قرينة دالة على أنه مراد به بعض أفراده. وهذا ظاهر في دلالته على العموم حتى يقوم دليل على تخصيصه".

١٧٩- تعريف تخصيص العام:

---

[١٦٦] سورة هود، الآية ٦.

[٢] سورة الأنبياء، الآية ٣٠.

[١] سورة آل عمران، الآية ٩٧.

[٢] سورة المائدة، الآية ٣٨.

http://www.rafatosman.com/

يراد بتخصيص النص العام بيان أن مراد الشارع به ابتداء هو بعض أفراده، فهو تخصيص مقارن للنص، وكالجزء منه. ومثاله قول الرسول صلى الله عليه وسلم "ولا قطع في أقل من ربع دينار"، فهو تخصيص لعموم نص السرقة، وهو قوله تعالى «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا»(١٦٩)، ومثاله كذلك قوله عليه الصلاة والسلام "ليس للقاتل ميراث"، إذ هو تخصيص لآيات المواريث. وبناء على ذلك، فإن التخصيص هو بيان أن بعض أفراد النص العام لم تدخل في حكم النص ابتداء.

وعلى هذا النحو، فإن ضابط التخصيص هو المقارنة الزمنية للنص العام.

١٨٠- الفرق بين التخصيص والنسخ الجزئي:

قدمنا أن أبرز ما يميز التخصيص مقارنته للنص العام واندماجه فيه منذ صدوره. أما النسخ، فيفترض أن النص قد ورد في بدايته عاماً مستغرقاً جميع أفراده، ثم اقتضت المصلحة العامة التي أقرها الشارع الحكيم إخراج بعض أفراده منه، لكي يقتصر على من عداهم. ومثال ذلك قول الله تعالى «وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ»(١٧٠). فهذا النص ورد عاماً ليسرى على جميع من يقذفون المحصنات. واتضحت بعد ذلك المصلحة في إخراج الأزواج الذين يقذفون زوجاتهم من عموم هذا النص، فقد ورد عن ابن مسعود رضي الله عنه، أنه قال "كنا جلوساً في المسجد ليلة الجمعة إذ دخل أنصاري فقال يا رسول الله أرأيتم الرجل يجد مع زوجته رجلاً، فإن قتله قتلتموه، وإن تكلم جلدتموه، وإن سكت سكت على غيظ ثم قال اللهم افتح، فنزل قول الله تعالى في آية اللعان «وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاء إِلاَّ أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ»(١٧١)، فكانت آيات اللعان ناسخة جزئياً لآية القذف، بإخراج الأزواج من عمومها.

وعلى هذا النحو، فإن ضابط النسخ الجزئي هو تأخره زمناً عن النص الناسخ له.

---

(١) سورة النور، الآية ٤.

(٢) سورة النور، الآيات من ٦ – ٩.

(٣) سورة البقرة، الآية ٢٨٢.

(٤) سورة النساء، الآية ١٠١.

١٨١- أنواع أدلة تخصيص النص العام:

أدلة تخصيص النص العام قسمان: أدلة غير مستقلة في سياق النص العام عن النص ذاته، فهي جزء منه، وأدلة منفصلة عن عبارة النص العام.

فالأدلة غير المستقلة عن سياق النص قد تأخذ صورة الاستثناء على العموم الذي تضمنه النص العام، وقد تأخذ صورة الشرط الذي علق عليه، وقد تأخذ صورة الوصف له، أو الغاية التي قيد بها.

ومثال الاستثناء قوله تعالى بعد أن أرسى المبدأ العام في المداينة، بقوله سبحانه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ» أورد عليه استثناء في قوله بعد ذلك «إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلاَّ تَكْتُبُوهَا»(١٧٢).

ومثال الشرط قوله تعالى "وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُواْ مِنَ الصَّلاَةِ إِنْ خِفْتُمْ أَن يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُواْ"(١٧٣).

ومثال الوصف قوله تعالى في تحريم الزواج من ابنة الزوجة "من نسائكم اللاتي دخلتم بهن" فقد خصص التحريم بكون الأم مدخولاً بها.

ومثال الغاية ما ورد في آية الوضوء من أن غسل اليدين من أركانه، فقد وضع الله تعالى لذلك غاية في قوله سبحانه "وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ"(١٧٤)، أي أن غسل ما بعد المرافق تخصيص لعموم لفظ الأيدي.

أما أدلة التخصيص المستقلة، فهي: العقل، والعرف، والنص، وحكمه التشريع: فمثال التخصيص بالعقل تخصيص عموم لفظ "الناس" في قوله تعالى «وَلِلّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ»"(١٧٥)، بإخراج غير الأهل للتكليف. ومثال التخصيص بالعرف تخصيص "الوالدات" في قوله تعالى "وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ"(١٧٦) بمن عدا الوالدات رفيعات القدر اللاتي جري العرف بألا يرضعن أولادهن. ومثال التخصيص بالنص قوله تعالي في شأن المطلقات قبل الدخول بهن "فمالكم عليهن من عدة تعتدونها" الذي خصص عموم قوله سبحانه "والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء".

١٨٢- شرط التخصيص:

---

(١) سورة المائدة، الآية ٦.

(٢) سورة آل عمران، الآية ٩٧.

(٣) سورة البقرة، الآية ٢٣٣.

(٤) الأستاذ الشيخ أبو زهرة صفحة ١٥١.

يشترط لتخصيص النص العام بنص آخر أن يكون في مثل قوته من حيث القطعية أو الظنية، إذ لا يقوي علي إخراج بعض الأفراد من نطاق نص إلا نص آخر يعادله في القوة[١٧٧]. وتطبيقاً لذلك، جاز تخصيص القرآن بالقرآن، وجاز تخصيص القرآن بالسنة المتواترة لأنها قطعيه الثبوت كذلك. أما تخصيص القرآن بالسنة غير المتواترة، فقد اختلف فيه، والأرجح جوازه، وجرت به آراء الفقهاء، إذ بدونه يختل التنظيم المتكامل لعديد من الأنظمة الشرعية. ومثال ذلك أن قوله تعالي "حرمت عليكم الميتة" خصص بحـديث: "هو الطهور ماؤه الحل ميتته"، وخصصت آيات المواريث بحديث: "ليس للقاتل ميراث". وخصص قوله تعالي «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا»[١٧٨] بحديث: "لا قطع في أقل من ربع دينار".

ويرتبط بتحديد مفهوم النص العام أصل من أصول التفسير المنطقي للنصوص، يجمل في مبدأ أن "العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب" ونوضح هذا المبدأ فيما يلي:

١٨٣- مدلول مبدأ أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب:

الأصل المستقر في الفقه أنه إذا ورد النص الشرعي في صيغة العموم وجب العمل بعمومه، ولا اعتبار لخصوص الواقعة التي ورد النص للدلالة علي حكمها. والحجة في ذلك أن العبرة بما ورد في النص، فإذا كان الشارع قد استعمل في صياغته ألفاظ العموم، ولم يقيده بأن يكون حكما خاصا بالواقعة التي كانت سبب وروده، فقد دل ذلك علي أن قصده أن يكون تطبيق النص علي وجه العموم. وبالإضافة إلي ذلك، فإن ما يلتزم الناس بإتباعه هو النص، وقد ورد عاماً، ولا شأن لهم بسبب صدوره؛ ويغلب أن تنسي هذه الواقعة، أولاً يذكرها سوي العلماء، ولكن النص لا ينسي.

وإذا كان للواقعة سبب النص من أهمية، فهي أنها تعين علي تفسير ذلك النص، وعلى تعرف علته.

---

[٥] سورة المائدة، الآية ٣٨.

١٨٤- تطبيقات لمبدأ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب:

كثير من النصوص وردت بناء علي أسباب خاصة. وقد قال الإمام الأمدى في ذلك "أكثر العموميات وردت بناء علي أسباب خاصة: فآية السرقة نزلت في سرقة المجن أو رداء صفوان، وآية الظهار نزلت في حق مسلمة بن صخر، وآية اللعان في حق هلال بن أمية إلي غير ذلك والصحابة عمموا أحكام هذه الآيات من غير نكير فدل علي أن السبب غير مسقط للعموم".

ومن الأمثلة الواضحة لتطبيق هذا المبدأ أن قوماً قالوا لرسول الله صلي الله عليه وسلم "إنا نركب البحر، ولو توضأنا مما معنا من الماء خشينا العطش، أنتوضأ بماء البحر؟ فقال الرسول "هو الطهور ماؤه الحل ميتته". فهذا الحديث يدل بعموم صيغته أن ماء البحر طهور دائماً وفي جميع الأحوال، ولا عبرة بكون السؤال كان في شأن الوضوء به، ولا عبرة كذلك بكون السائلين يحتاجون إلى ما لديهم من ماء عذب ويخشون العطش عند نفاده. ومثاله أيضاً أنه صلى الله عليه وسلم مر بشاة ميمونة، وهي ميتة، فقال "أيما إهاب دبغ فقد طهر"، فهذا الحديث بعمومه دل على أن كل جلد دبغ فقد طهر، ولا عبرة بخصوص أنه جلد شاة، وأن الشاة لميمونة.

١٨٥- القيد الذي يرد على المبدأ:

موضع هذا القيد أن يكون النص غير مستقل عن السؤال المتعلق بالواقعة سبب هذا السؤال، بأن كان بألفاظ "نعم" أو "بلي" أو "لا" أو "كلا"، إذ يكون النص من حيث عمومه أو خصوصه تابعاً للسؤال، فكأن السؤال معاد في النص. ومثال عمومه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع الرطب بالتمر، فقال "أينقص الرطب إذا يبس"، فقالوا "نعم" فقال الرسول "فلا إذن"، فكان النص بذلك عاماً. ومثال خصوص النص تبعاً لخصوص السؤال أن أبا برده سأل الرسول عن "الأضحية بجزعة من المعز" فقال "تجزئك ولا تجزئ أحداً بعدك".

٣- دلالة اللفظ الخاص

١٨٦- تعريف النص الخاص:

اللفظ الخاص هو لفظ يدل على فرد معين بشخصه، أي باسمه، مثل محمد أو علي، أو معين بجنسه أو نوعه، مثل رجل. واللفظ الخاص كذلك هو لفظ يدل على أفراد معينين محصورين في عدد معين، وإن كان كبيراً، مثل رهط وقوم وعشيرة وقبيلة وشعب. والضابط في النص الخاص أنه لا يستغرق جميع أفراده، وهذا الضابط هو ما يميز بينه وبين اللفظ العام.

١٨٧- **حكم النص الخاص:**

النص الخاص يثبت الحكم لمدلوله على وجه القطع، ما لم يقم دليل على تأويله، وصرفه إلى مدلول آخر.

ومثال النص الخاص قوله تعالى "فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ"[١٧٩]، يستفاد منه وجوب إطعام عشرة مساكين، ولا تحتمل العشرة زيادة أو نقصاً. ومثاله كذلك قوله صلى الله عليه وسلم في بيان نصاب زكاة الغنم ومقدار الزكاة "في كل أربعين شاة شاة"، فهذا الحديث يستفاد منه أن نصاب الزكاة "أربعون شاة". ومقدار الزكاة الواجبة هو شاة واحدة، والعددان لا يحتملان زيادة أو نقصاً.

والنص الخاص يحتمل التأويل، أي صرفه عن معناه الظاهر إلى معنى آخر بدليل يقتضيه، وفي هذه الحالة يطبق النص وفق المعنى الذي ثبت له بتأويله. ومثال التأويل ما ذهب إليه الحنفية من تأويل لفظ "الشاة" في الحديث السابق بما يشمل الشاة عيناً أو قيمة، وتأويلهم تعبير "الصاع من تمر أو شعير" في صدقة الفطر بما يشمل الصاع عيناً أو قيمة.

١٨٨- **أقسام اللفظ الخاص:**

اللفظ الخاص أقسام أربعة: مطلق، ومقيد، وأمر، ونهي.

١٨٩- **أ- المطلق:**

هو ما دل على موضوعه غير مقيد بقيد ما، فهو دال على ماهية موضوعه، دون اعتبار قيد من حيث صفة هذا الموضوع، ومثاله قول الله تعالى

---

[١٧٩] سورة المائدة، الآية ٨٩.

"فَكُّ رَقَبَةٍ"[١٨٠]، فلفظ "رقبة" ورد مطلقاً دون اشتراط وحكم المطلق أنه يطبق على إطلاقه، ما لم يرد ما يقيده. ومثال تقييد المطلق، قوله تعالى "مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ"[٢]، فلفظ "وصية" وهو مطلق قيد بقوله صلى الله عليه وسلم "لا وصية بأكثر من الثلث"، فصار لفظ "وصية" في الآية مقيد بأنه "وصية في حدود الثلث".

١٩٠- ب- المقيد:

هو ما دل على ماهية موضوعه مقيدة بصفة أو شرط أو حالة أو غاية. ومثاله قوله تعالى "فتحرير رقبة مؤمنة"، "فالرقبة المؤمنة" تعبير مقيد من حيث الصفة، وقوله سبحانه "فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ"[٣]؛ إذ هو مقيد بشرط "ألا يجد رقبة ولا قدرة على إطعام المساكين. وحكم المقيد أنه يطبق في حدود القيد الذي أورده الشارع على حكمه.

والأمر هو ما ورد في صيغة طلب الفعل على وجه الإلزام والحتم. وحكمه إيجاب إتيان ذلك الفعل.

والنهي هو ما ورد في صيغة طلب الكف عن الفعل على وجه الإلزام والحتم. وحكمه تحريم الفعل الذي ورد النهي عنه.

١٩١- التوفيق بين النص المطلق والنص المقيد:

إذا ورد المطلق والمقيد في نص واحد، غلب المقيد، لأنه بمثابة تحديد للإطلاق الذي أورده النص فكان بمثابة التفسير له. وهذا الفرض لا يثير صعوبة.

ولكن تثور الصعوبة إذا ورد اللفظ المطلق في نص، وورد النص المقيد في نص آخر، إذ يتعين التساؤل عن كيفية التوفيق بينهما.

إذا كان موضوع النصين واحداً، أي كان الحكم الوارد فيهما واحداً، وكان السبب الذي بني عليه الحكم واحداً كذلك، حمل المقيد على المطلق، أي رجح النص المقيد على النص المطلق، ذلك أنه لا يجوز أن يكون بينهما تعارض، وإلا

---

[١٨٠] سورة البلد، الآية ١٣.

[٢] سورة النساء، الآية ١١.

[٣] سورة المائدة، الآية ٨٩.

نسب التناقض إلى التشريع، وهو ما يتنزه عنه الشارع الحكيم، ويعتبر النص المقيد تفسيراً للنص المطلق. ومثال ذلك، قول الله تعالى "حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ ولَحْمُ الْخِنْزِير"[١٨١]، وقوله سبحانه «قُل لاَّ أَجِدُ فِي مَا أُوْحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّماً عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلاَّ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَماً مَّسْفُوحاً أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ»[٢]: فالدم المحرم ورد في الآية الأولى مطلقاً، وورد في الآية الثانيـــة مقيداً بأن يكون مسفوحـــاً، فتحمل الأولى على الثانية، فيكون التحريم مقتصراً على الدم المسفوح.

أما إذا اختلف النصان في الحكم، أو اختلفا في السبب، أو اختلفا فيهما معاً، فلا يحمل النص المطلق على النص المقيد، بل يطبق كل في مجاله أي يطبق المطلق على إطلاقه في مجاله، ويطبق المقيد على قيده في مجاله. وتعلل هذه القاعدة بأن الاختلاف بين النصين حكماً وسبباً، أو الاختلاف بينهما حكماً أو سبباً يقتضي الاختلاف بينهما من حيث الإطلاق والتقييد. ومثال النصين المختلفين حكماً المتحدين سبباً" قول الله تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلاةِ فاغْسِلُواْ وُجُوهَكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ»[٣]، وقوله سبحانه «فَتَيَمَّمُواْ صَعِيداً طَيِّباً فَامْسَحُواْ بِوُجُوهِكُمْ وَأَيْدِيكُمْ»[٤] فالحكم في الآيتين مختلف، ففي إحداهما الغسل وفي ثانيتهما المسح، والسبب واحد، وهو التطهر للصلاة، فيعمل بكل من النصين في مجاله. ومثال النصين المتحدين حكماً المختلفين سبباً قول الله تعالى في كفارة القتل خطأ «وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِناً إِلاَّ خَطَئاً وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَئاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلاَّ أَن يَصَّدَّقُواْ»[١٨٢] وقوله في كفارة الظهار «وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ»[٢] فالآيتان متحدتان حكماً، وهو "تحرير رقبة"، ومختلفتان سبباً، ففي الأولى السبب هو القتل الخطأ، وفي الثانية هو عودة الزوج إلى زوجته التي ظاهرها، ومن ثم يطبق كل نص في مجاله. وضابط التوفيق السابق هو مذهب الحنفية وأكثر المالكية. وقد أقره الشافعية إذا اختلف النصان حكماً وسبباً، أو اختلفا حكماً

---

[١٨١] سورة المائدة، الآية ٣.

[٢] سورة الأنعام، الآية ١٤٥.

[٣] سورة المائدة، الآية ٦.

[٤] سورة النساء، الآية ٤٣.

[١٨٢] سورة النساء، الآية ٩٢.

[٢] سورة المجادلة، الآية ٣.

[٣] سورة النور، الآية ٦٣.

[٤] سورة المائدة، الآية ٣٨.

واتحدا سبباً ولكنهم خرجوا عليه إذا اختلفا في السبب واتحدا في الحكم، فقالوا بحمل المطلق على المقيد.

١٩٢- جـ- الأمــر:

الأمر هو طلب إتيان فعل على وجه الحتم والإلزام. وهذا التعريف مستمد من المعنى اللغوي للأمر، ومستمد كذلك مما تضمنته نصوص شرعية من توعد الذين يخالفون الأمر الذي ورد فيها وتهديدهم بالعذاب فقد قال تعالى «فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم»[٣]. والتحذير والتهديد بالفتنة أو العذاب الأليم لا محل لهما إلا إذا كان الأمر الذي خولف، هو على سبيل الحتم والإلزام.

١٩٣- تطبيقات الأمر:

تطبيقات الأمر عديدة في صيغ النصوص الشرعية، وجميعها تفيد وجوب العمل لزوماً بما تضمنته من أمر. فقد قال تعالى «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا جَزَاء بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللّهِ»[٤]، فلفظ اقطعوا أيديهما يفيد وجوب القطع. وقوله سبحانه «والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء» مفاده إلزام المطلقة بالتربص ثلاثة قروء، وليس الأمر متروكاً لاختيارها.

١٩٤- حكم الأمر:

الأمر – على ما قدمنا – يفيد وجوب إتيان العمل المأمور به حتماً ولزوماً. والأصل أنه لا يفيد تكرار ذلك الفعل، فإتيانه مرة واحدة كافٍ لإعمال النص. والأصل كذلك أنه لا يتطلب المبادرة الفورية إلى إتيان الفعل، وإنما للمكلف أن يأتي الفعل حينما يشاء.

ولكن قد يستفاد تكرار الفعل من قرينة، فقوله تعالى «فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ»[١٨٣] يستفاد منه تكرار الصيام كلما شهد المكلف الشهر. وقوله تعالى «أَقِمْ

---

(١٨٣) سورة البقرة، الآية ١٨٥.
(٢) سورة الإسراء، الآية ٧٨.
(٣) سورة الماعون، الآية ٥.
(٤) سورة آل عمران، الآية ١٣٣.
(٥) سورة الأعراف، الآية ٣١.
(٦) سورة البقرة، الآية ٢٨٢.
(٧) سورة فصلت، الآية ٤٠.
(٨) سورة البقرة، الآية ٢٣.

الصَّلاَةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ»[٢] يستفاد تكرار الصلاة من ربطها بزمن متكرر، بحيث تتكرر بتكرار الزمن. ووجوب التكرار في النصين ليس مستفاداً من صيغة الأمر في ذاتها، ولكن مستفاد من تعليق الأمر بشرط متكرر، أي مستفاد من قرينة.

والمبادرة الفورية إلى إتيان الفعل قد تستفاد كذلك من قرينة، فالمبادرة إلى إتيان الصلاة مستفادة من ربطها بزمن معين يفوت حتماً، ومن توعده تعالى «الَّذِينَ هُمْ عَن صَلاتِهِمْ سَاهُونَ»[٣]. والمبادرة إلى فعل الخيرات مستفادة من قوله تعالى «وَسَارِعُواْ إِلَى مَغْفِرَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ وَجَنَّةٍ عَرْضُهَا السَّمَاوَاتُ وَالأَرْضُ أُعِدَّتْ لِلْمُتَّقِينَ»[٤].

١٩٥- صرف الأمر عن الوجوب حتماً وإلزاماً:

إذا كان الأصل – على ما قدمنا – أن الأمر يفيد طلب الفعل على سبيل الحتم والإلزام، فقد توجد قرينة تدل على صرفه عن ذلك. فقد تفيد القرينة «الإباحة»، كما في قوله تعالى «وكُلُواْ وَاشْرَبُواْ وَلاَ تُسْرِفُواْ إِنَّهُ لاَ يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ»[٥]. وقد تفيد القرينة «الندب»، كما في قوله سبحانه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ»[٦]. وقد تفيد القرينة التهديد، كما في قوله عز وجل «اعْمَلُوا مَا شِئْتُمْ إِنَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ»[٧]. وقد تفيد القرينة التعجيز، كما في قوله تعالى «وَإِن كُنتُمْ فِي رَيْبٍ مِّمَّا نَزَّلْنَا عَلَى عَبْدِنَا فَأْتُواْ بِسُورَةٍ مِّن مِّثْلِهِ وَادْعُواْ شُهَدَاءكُم مِّن دُونِ اللّهِ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ»[٨].

١٩٦- مالا يتم الواجب إلا به فهو واجب بدوره طالما كان في استطاعة المكلف:

إذا كان أداء الواجب له وسائل لا يدرك بدونها، تناول الوجوب هذه الوسائل بالضرورة، ذلك أنه إذا لم تتخذ هذه الوسائل، كان أداء الواجب على النحو الذي افترضه الشارع مستحيلاً. ولكن اشترط أن يكون اتخاذ الوسيلة في مقدور المكلف، إعمالاً لقوله تعالى «لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا»[١٨٤].

---

[١٨٤] سورة البقرة، الآية ٢٨٦.

[٢] سورة البقرة، الآية ٢٢١.

[٣] سورة البقرة، الآية ٢٢٩.

[٤] سورة آل عمران، الآية ٨.

[٥] سورة المائدة، الآية ١٠١.

وتطبيقاً لذلك، فإن الأمر بالصلاة هو في ذات الوقت أمر بالوضوء لأن الصلاة لا تصح بغير الوضوء، وهو بعد ذلك في مقدور المكلف. ومؤدى ذلك أن وجوب الصلاة يمتد إلى وجوب الوضوء. والأمر بصلاة الجمعة يمتد إلى الأمر بالسعي إلى مسجد تقام فيه هذه الصلاة. ولكن الأمر بالحج لمن استطاع إليه سبيلاً لا يمتد إلى الأمر بتوفير الاستطاعة ، لأن ذلك ليس في مقدور المكلف. وكذلك الأمر بأداء الزكاة لا يستتبع الأمر بتوفير نصابها، إذ ليس ذلك في مقدور المكلف.

١٩٧- د- النهي:

النهي هو طلب الامتناع والكف عن إتيان الفعل موضوع النهي على وجه الحتم والإلزام. ويستفاد النهي من الألفاظ الموضوعة لغة لذلك، وأبرزها حرف "لا"، ومثاله قول الله تعالى «وَلاَ تَنكِحُواْ الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ»(٢)، وقوله سبحانه «وَلاَ يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُواْ مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئاً»(٣).

ولا يصرف النهي عن دلالته السابقة إلا إذا وجدت قرينة تقتضي ذلك، ويكون صرفه عن دلالته لهذه القرينة، لا لصياغة النص. فقد يفهم النص على أنه للدعاء، ومثال ذلك قول الله تعالى «رَبَّنَا لاَ تُزِغْ قُلُوبَنَا بَعْدَ إِذْ هَدَيْتَنَا»(٤)، أو للكراهية، كقوله سبحانه «لاَ تَسْأَلُواْ عَنْ أَشْيَاء إِن تُبْدَ لَكُمْ تَسُؤْكُمْ»(٥).

١٩٨- حكم النهي:

حكم النهي هو تحريم الفعل المنهي عنه، أي وصفه "بعدم المشروعية"، مما يلزم عنه إثم مرتكبه. وقد تقوم بذلك الفعل جريمة تعزيرية.

ويفترض النهي الفورية في الكف عن الفعل المنهي عنه، أي "المبادرة" لذلك، إذ أن التراخي في الاستجابة للنهي يعني إتيان الفعل خلال فترة أعقبت النهي، مما يعني عدم الامتثال له، يؤيد ذلك قول الله تعالى «وَمَا نَهَاكُمْ عَنْه فَانْتَهُوا»(١٨٥)، ويتطلب النهي دوام الكف عن إتيان الفعل المنهي عنه: ذلك أن

(١٨٥) سورة الحشر ، الآية ٧.

إتيان ذلك الفعل، ولو مرة واحدة يعني مخالفة النهي، ويعني ذلك أن النهي يفترض التكرار[١٨٦].

١٩٩- النهي عن فعل يتضمن بالضرورة النهي عن وسيلة إتيانه:

إذا نهى الشارع عن فعل كان ذلك بالضرورة نهياً عن وسيلة إتيانه، ذلك أنه إذا كانت الوسيلة على الفعل المنهي عنه مباحة، لأفضى إتيانها إلى إتيان الفعل ذاته. ويمكن صياغة هذه القاعدة بالقول «ما لا يتم النهي إلا بالكف عن إتيانه كان بدوره منهياً عنه». وهذه القاعدة تقابل قاعدة «مالا يتم الواجب إلا به فهو واجب». وإذا كان النهي هو تحريم الفعل المنهي عنه، فإنه يمكن صياغة القاعدة السابقة بالقول "الوسيلة إلى الحرام هي بدورها حرام"، أو "ما لا يتم الحرام إلا به فهو بدوره حرام".

وقد قرر الفقه تطبيقات لهذه القاعدة، أهمها: النهي عن الزنى يتضمن النهي عن الخلوة بالمرأة الأجنبية، ويتضمن من باب أولى النهي عن مقدمات الزنى، كالتقبيل أو العناق. والنهي عن تعاطي الخمر يتضمن النهي عن حيازتها والتعامل فيها وتقديمها وإعداد مجالسها، والنهي عن الميسر يتضمن النهي عن إعداد أدواته ووسائله ومجالسه.

وهذه القاعدة هي نواة لنظرية عامة في "الشروع في الجريمة" فالأفعال التي تمهد للجريمة، وتمثل الوسيلة إليها يمتد إليها التجريم والعقاب، باعتبارها شروعاً فيها تطبيقاً للقاعدة السابقة. ويتعين على الفقه أن يحدد الأركان التي تقوم عليها نظرية الشروع في الجريمة، وفقاً للأصول العامة في التشريع الإسلامي.

المطلب الثالث

التفسير الغائي للنصوص الشرعية

٢٠٠- ماهية التفسير الغائي للنصوص الشرعية:

يعني التفسير الغائي للنص الشرعي تفسيره في ضوء العلة التي اقتضت صدوره، أي تفسيره على نحو من شأنه تحقيق هذه العلة. وهذه العلة يحددها – في المقام الأول – المقصد العام للشارع الحكيم من الشريعة الإسلامية في مجموع

---

[١٨٦] الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف، صفحة ٢٢٢.

أحكامها، أي الهدف الاجتماعي الذي هدف إلى تحقيقه عن طريقها. ويحدد هذه العلة – في المقام الثاني – المقصد الخاص للشارع من النص الذي يفسره المجتهد.

ومؤدى المنهج الغائي في التفسير أن يوجه النص إلى تحقيق غايته الاجتماعية، باعتباره جزءاً من بنيان متكامل له هدفه الاجتماعي العام.

وقد قدمنا أن هدف الشارع العام هو تحقيق مصالح الناس في مجموعها، عن طريق حمايتها، وهدف الشارع من نهي معين في ذاته حماية مصلحة معينة للناس.

وتقتضي دراسة التفسير الغائي للنصوص الشرعية في المجال الجنائي بيان المقصد العام للتشريع الإسلامي، باعتباره الأساس والإطار الذي يجري في نطاقه تحديد المقصد الخاص لكل نص على حدة.

١- المقصد العام للتشريع الإسلامي

٢٠١- بيان المقصد العام للتشريع الإسلامي:

المقصد العام هو حماية مصالح الناس على اختلاف أنواعها، وذلك بحفظ ضرورياتهم، وتوفير حاجياتهم، وتوفير تحسيناتهم, ويعني ذلك أن مقصد الشارع الحكيم هو حماية هذه المصالح كي يحقق البشر العلة من وجودهم، وهي خلافة الله سبحانه وتعالى في الأرض، واستغلال ما سخره الله لهم من ثروات وأمدهم به من إمكانات وعبادة الله حق عبادته مصداقاً لقوله سبحانه «وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالإِنسَ إِلاَّ لِيَعْبُدُونِ مَا أُرِيدُ مِنْهُم مِّن رِّزْقٍ وَمَا أُرِيدُ أَن يُطْعِمُونِ»[١٨٧]، وليس لله تعالى مصلحة خاصة مما شرعه من أحكام، فهو سبحانه الغني الحميد، وإنما مقصده مصالح عباده وخيرهم.

٢٠٢- تصنيف المصالح:

صنف الأصوليون المصالح – باعتبارها العلة العامة للأحكام – إلى أقسام ثلاثة: ضرورية، وحاجية، وتحسينية. وهذا التقسيم متدرج في الأهمية. فأهم

---

[١٨٧] سورة الذاريات، الآيتان ٥٦ ، ٥٧.

المصالح ما كان ضرورياً، ويليه في الأهمية ما كان حاجياً. ويلي القسمين أهمية ما كان تحسينياً.

وجميع الأحكام الشرعية على تنوع أبوابها وفروعها تتجه إلى حماية هذه المصالح. وقد قال في ذلك الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف "استقراء الأحكام الشرعية والعلل والحكم التشريعية ينتج أن الشارع الإسلامي ما قصد من تشريعه الأحكام إلا حفظ ضروريات الناس وحاجياتهم وتحسيناتهم وهذه هي مصالحهم"[١٨٨]. ومن قبل قال الإمام أبو إسحاق الشاطبي "إن لاظواهر والعمومات والمطلقات والمقيدات والجزئيات الخاصة في أعيان مختلفة ووقائع مختلفة في كل باب من أبواب الفقه وكل نوع من أنواعه يؤخذ منها أن التشريع دائر حول حفظ هذه الثلاث التي هي أسس مصالح الناس"[١٨٩].

وأهمية هذا التصنيف أنه لا يراعي تحسيني إذا كان في مراعاته إخلال بحاجي، ولا يراعي حاجي ولا تحسيني إذا كان في مراعاته إخلال بضروري[١٩٠].

ويقتضي ذلك التعريف بكل قسم من هذه المصالح:

٢٠٣- المصالح الضرورية:

المصالح الضرورية هي أهم المصالح، وتمثل كيان المجتمع ومقومات وجوده، وهي الشرط لحياة الإنسان كمخلوق متحضر، وإهدار إحداها إهدار لوجود المجتمع، وإخلال خطير بكيانه. وهذه المصالح استقرأها علماء الأصول فردوها إلى خمس، هي: حفظ الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال. وقد قال في ذلك الإمام الغزالي "إن جلب المنفعة، ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكنا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة، هو أن يحفظ عليهم دينهم، وأنفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم. فكل ما يحفظ هذه الأمور الخمسة هو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول الخمسة، فهو مفسدة، ودفعها مصلحة"[١٩١].

---

[١٨٨] الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف، صفحة ٧٥.

[١٨٩] الإمام أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات الجزء الثاني.

[١٩٠] الأستاذ الشيخ عبد الوهاب خلاف، صفحة ٢٢١.

[١٩١] المستصفى جـ ١ صفحة ٢٨٧.

والمصالح الضرورية ذات أهمية بارزة في التشريع الجنائي الإسلامي، فلأهميتها كفل لها الشارع الحكيم الحماية الجنائية، بل وغلظ هذه الحماية:

فحماية الدين جعلته يجرم الردة، ويجرم تشويه أحكام الدين، وإحداث ما ليس منه، وتحريف أحكامه عن مواضعها، ويقرر الحجر على المفتي الماجن.

وحماية النفس حملت على تجريم القتل والجرح، وإيجاب القصاص والدية والكفارة على الاعتداء على النفس، وتحريم الإلقاء بالنفس إلى التهلكة.

وحماية النسل دفعت إلى تجريم الزنى، وتقرير الحد للزاني والزانية، وتحريم كل فعل أو سلوك يعد من مقدمات هذه الجريمة. وحماية النسل دفعت كذلك إلى تجريم الإجهاض والتعقيم إلا إذا دعت إلى ذلك ضرورة ودفعت إلى وجوب التقاط اللقيط.

وحماية العقل هي علة تجريم تعاطي الخمر، وتقاس المخدرات عليها، وتقرير الحد لمن يقدم على ذلك. ودفعت كذلك إلى تجريم الأفعال التي تمهد لذلك، كحيازة الخمر أو التعامل فيها أو تقديمها لمن يتعاطونها.

وحماية المال هي علة تجريم السرقة، وتقرير الحد لها. ودفعت كذلك إلى تجريم الغش، والخيانة وأكل أموال الناس بالباطل، وإتلاف مال الغير، والربا. وحماية المال حملت الشارع على وضع الأحكام الخاصة بالولاية والقوامة على غير الأهل.

ومن أهم النتائج التي ترتبت على الاعتداد بالمصالح الضرورية تقرير مجموعة من المبادئ التي تتجه إلى "دفع الضرر" عن المجتمع الإسلامي وأفراده.

وأهم هذه المبادئ هي: الضرر يزال شرعاً؛ والضرر لا يزال بالضرر؛ ويتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام؛ ويرتكب أخف الضررين لاتقاء أشدهما؛ ودفع المضار مقدم على جلب المنافع؛ والضرورات تبيح المحظورات؛ والضرورات تقدر بقدرها.

ولهذه المبادئ تطبيقات تتمثل فيها الأحكام الأساسية في الفقه الجنائي الإسلامي، وأهم هذه التطبيقات:

أن مبدأ "الضرر يزال شرعاً" هو أساس وضع تشريع العقوبات الشرعية: ذلك أن الجرائم على تنوعها تمثل ضرراً يهدد المجتمع، ومن ثم يكون توقيع العقوبات من أجلها هو: "إزالة لهذا الضرر شرعاً".

ومن تطبيقات مبدأ أن "الضرر لا يزال بالضرر" أنه لا يجوز للمهدد بالخطر في دفع الصائل أن يوجه فعل دفاعه إلى غير المعتدى عليه؛ وأنه ليس للمضطر أن يستولي على مال مضطر آخر.

ومن تطبيقات مبدأ أن "يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام" القصاص من القاتل لتأمين الناس على حياتهم، وقطع يد السارق لتأمين الناس على أموالهم، وجواز هدم الجدار الآيل للسقوط في الطريق العام وجواز تسعير أثمان السلع الضرورية في أوقات الأزمات الاقتصادية.

ومن تطبيقات مبدأ "يرتكب أخف الضررين لاتقاء أشدهما"، حبس الملتزم بالنفقة إذا امتنع أو ماطل في أداء النفقة الواجبة، وجواز استيلاء المضطر على مال غير المضطر إنقاذاً لحياته.

ومن تطبيقات مبدأ "دفع المضار مقدم على جلب المنافع" أنه لا يعذر مرتكب الجريمة لأن جريمته تجلب له نفعاً وإن كان مشروعاً.

ومن تطبيقات مبدأ "الضرورات تبيح المحظورات" اعتبار دفع الصائل، أي الدفاع الشرعي، وحالة الضرورة سببين لإباحة المساس بحق الغير.

ومن تطبيقات مبدأ "الضرورات تقدر بقدرها" وجوب التناسب بين فعل الاعتداء وفعل الدفاع، في دفع الصائل، ووجوب الاقتصار على الإضرار اليسير إذا كان كافياً لدفع الخطر الذي تهدد به حالة الضرورة.

٢٠٤- المصالح الحاجية:

يراد بالمصالح الحاجية مصالح الناس في رفع الحرج عنهم، وتخفيف المشاق والأعباء عنهم، والتيسير عليهم في شئون حياتهم. ورعاية المصالح الحاجية تكمل الأحكام الخاصة برعاية المصالح الضرورية، إذ تخفف ما قد يكون فيها من مشقة، وتضفي عليها اليسر، وتدعو إلى رعاية ذوي الظروف الخاصة الذين يضعفون عن تحمل مشاق قد يتحملها الأشخاص العاديون.

والعلة العامة لرعاية المصالح الحاجية أن الشريعة نزلت رحمة بالناس، وتخفيفاً عنهم، ورفعاً من مستوى حياتهم، ودفعاً لما كانوا يعانون منه قبل نزولها من ظلم القوي للضعيف، وافتئات الغني على الفقير، واستهانة الصحيح القوي بالعاجز الضعيف أو المريض، وذلك بالإضافة إلى استبداد الحكام بالمحكومين، واستعباد الأساطير والخرافات والعقائد الفاسدة والأديان الوثنية لعامة الناس وخاصتهم. وهذه العلة العامة للشريعة عبر عنها الحق سبحانه في خطابه لرسوله الأمين بقوله «وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلاَّ رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ»[١٩٢]، وقوله كذلك "فَذَكِّرْ إِنَّمَا أَنتَ مُذَكِّرٌ لَّسْتَ عَلَيْهِم بِمُصَيْطِرٍ"[٢].

وقد قال الله تعالى في رعاية المصالح الحاجية ورفع الحرج عن الناس: «مَا يُرِيدُ اللّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ»[٣]، وقال سبحانه كذلك «وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ»[٤]، وقال عز وجل « يُرِيدُ اللّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ»[٥]، وقال تعالى "يُرِيدُ اللّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمْ وَخُلِقَ الإِنسَانُ ضَعِيفاً"[٦]. وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك أيضاً "بعثت بالحنيفية السمحة".

ومن أهم تطبيقات رعاية المصالح الحاجية التشريع الجنائي الإسلامي: مبدأ "درء الحدود بالشبهات"، وتقرير القسامة في القتل العمد، وجعل الدية على العاقلة تخفيفاً عن القاتل خطأ، وجعلها على بيت المال تخفيفاً عن عامة المكلفين. وجعل حق العفو عن القصاص من القاتل لولي المقتول، وجعل ذلك الحق كذلك للمجني عليه في جرح، بل والترغيب في العفو في كل حالة وجب فيها القصاص.

وقد تفرعت عن المصالح الحاجية، التي تتمثل – كما قدمنا – في رفع الحرج عن المكلفين وتخفيف المشقة عليهم مجموعة من المبادئ تعد من المبادئ الأساسية في الفقه الإسلامي. وأهمها: مبدأ "المشقة تجري باليسر"؛ ومبدأ "الحرج مرفوع شرعاً"؛ وأنه "إذا ضاق الأمر اتسع"؛ ومبدأ "الحاجات تنزل منزلة الضرورات في إباحة المحظورات".

٢٠٥- المصالح التحسينية:

---

[١٩٢] سورة الأنبياء، الآية ١٠٧.
[٢] سورة الغاشية، الآيتان ٢١، ٢٢.
[٣] سورة المائدة، الآية ٦.
[٤] سورة الحج، الآية ٧٨.
[٥] سورة البقرة، الآية ١٨٥.
[٦] سورة النساء، الآية ٢٨.

تعني المصالح التحسينية ما تقتضيه كفالة مستوى إنساني لائق وكريم للمجتمع الإسلامي ولكل فرد من أفراده، وفي تعبير آخر ما تتطلبه الموافقة والتنسيق بين حياة الناس وبين الفضائل والمكارم واللياقة وقدر من الرفاهية لا تنكره أحكام التشريع. ولرعاية هذه المصالح سندها في كتاب الله، فقد قال سبحانه «وَلَــكِن يُرِيدُ لِيُطَهَّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ»[١٩٣] ولها سندها في السنة، فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق"، وقال كذلك "إن الله طيب لا يقبل إلا طيباً".

ومن تطبيقات رعاية المصالح التحسينية في التشريع الجنائي: تحريم تعيير المجرم بجريمته، واعتبار التوبة مانعاً من العقوبة في بعض الجرائم، وتحريم العقوبة في صورة الحرق بالنار، وتحريم المثلة، ووجوب ستر جسم المرأة عند تنفيذ حد الجلد أو الرجم عليها.

٢٠٦- الترجيح بين المصالح الضرورية والحاجية والتحسينية:

المصالح الثلاث السابقة متدرجة في أهميتها على النحو السابق، فأكثرها أهمية هي الضرورية، وتليها الحاجية، وتليها التحسينية. ويقضي المنطق السليم بعدم جواز التضحية بمصلحة هامة من أجل مصلحة أقل أهمية، بل أنه يقضي بوجوب التضحية بالمصلحة قليلة الأهمية صيانة لمصلحة أكثر أهمية.

وعلى أساس من هذه الفكرة المنطقية وضع الأصوليون المبــدأ التالـــي: "لا يراعي تحسيني إذا كان في مراعاته إخلال بحاجي، ولا يراعى حاجي ولا تحسيني إذا كان في مراعاته إخلال بضروري". وهذا المبدأ يرتبط به مبدأ يتفرع عنه، وهو "جواز الإخلال بحاجي أو تحسيني رعاية لضروري، وجواز الإخلال بتحسيني رعاية لحاجي".

ومبدأ التدرج بين المصالح، ووجوب التوازن والترجيح بينها خصيب من حيث نتائجه في التشريع الجنائي: فيجوز أن يكشف المريض عن عورته تمكيناً لطبيب من فحصه ووصف العلاج له، أو تمكيناً لجراح من إجراء عملية جراحية: ذلك أن ستر العورة تحسيني وصيانة الصحة أو الحياة ضروري فيرجح الضروري على التحسيني؛ ويجوز للمريض أو المضطر تناول النجس

---

[١٩٣] سورة المائدة ، الآية ٦.

علاجاً أو اضطراراً، لأن الاحتراز عن تناول النجس تحسيني وحفظ الصحة أو الحياة ضروري، فيرجح عليه.

ويتعين على المجرم تحمل مشقة العقوبة ردعاً له ولغيره، لأن الردع عن جرائم تهدد المجتمع ضروري، وإعفاء المجرم من المشقة حاجي، فيرجح الضروري على الحاجي.

بل إن المصالح التي تنتمي إلى قسم واحد تخضع لذات المبدأ، فالمصالح الضرورية مثلاً تقبل التدرج فيما بينها، فإذا وصفت مصلحة ضرورية بأنها أكثر أهمية من مصلحة ضرورية أخرى، جاز إهدار الأقل منهما صيانة للأكثر أهمية. وتطبيقاً لذلك، جاز إهدار المال صيانة للنفس، فيباح لشخص يهدده في نفسه مجرم يحمل سلاحاً أو يمتطي جواداً أن يتلف السلاح أو يقتل الجواد حماية لنفسه. ويجوز كذلك المساس بالعقل حماية للنفس، وبناء على ذلك يجوز لمن يهدد بالقتل إن لم يتعاط الخمر أن يتعاطاها. ويجوز المساس بالعرض أي النسل، لمن يهدد في نفسه، فيجوز للزوجة أن تقبل الزنى حماية لنفسها من قتل هددها به الزاني.

٢- المقصد الخاص للنص

٢٠٧- المراد بالمقصد الخاص للنص:

المقصد الخاص للنص هو تحقيق علته. فقد قدمنا أن الشارع الحكيم لا يضع نصوصاً ينهي فيها عن أفعال أو يأمر بأفعال للتضييق على الناس أو الاستبداد بهم، ولا يضع هذه النصوص دون مقصد اجتماعي يستهدفه بها، ويهدف به إلى تحقيق مصلحة للعباد، ذلك أن الشارع يتنزه عن ذلك. وإنما يهدف الشارع بالنص إلى تحقيق علته. وعلة كل نص على حدة هي جزئية من العلة العامة للتشريع. وبناء على ذلك كان مقصده الخاص من النص جزئية من مقصده العام بالتشريع في جملته.

وعلة النص الجنائي هي حماية مصلحة معينة، قدر الشارع أهميتها للمجتمع والفرد، وقدر بناء على ذلك أنه لا تكفي لحمايتها الجزاءات غير الجنائية كالضمان أو الرد أو إعادة الحال إلى ما كانت عليه، وإنما يتعين لكفالة هذه الحماية تقرير عقوبة توقع على من يهدد هذه المصلحة.

وبناء على ذلك، فإنه يتعين على من يفسر نص التجريم أن يحدد بدقة المصلحة التي يستهدف الشارع حمايتها في هذا النص على وجه الخصوص، ويتبين عناصرها، ويستخلص من ذلك مقتضيات الحماية الواجبة لها، وعليه بعد أن حدد هذه المصلحة أن يفسر النص على أن غايته أن يكفل لها حماية شاملة تمتد إلى جميع نطاقها، ولا تترك فيه ثغرة دون حماية. ويستطيع المفسر بعد ذلك أن يحدد أركان الجريمة، وعناصر كل ركن، وما تخضع له من أحكام بحيث يكون من شأن ذلك تحقيق الحماية الواجبة للمصلحة.

واستهداء المفسر بعلة النص وغايته يتيح له متابعة التطور العلمي أو الاجتماعي لمفهوم هذه العلة، ذلك أنه إذا كانت علة النص – في ماهيتها – لا تتغير، فإن مفهومها قد يعرض له التغيير. والتفسير الغائي للنص يوفر له مرونة مسايرة التطور، ومواجهة الاحتياجات الجديدة للمجتمع. وقد يتيح له ذلك بعض التحرر من المدلول اللغوي لبعض ألفاظ النص، وهو المدلول الذي كان مقرراً لها وقت صدور النص.

وغني عن البيان أن الاستهداء بالعلة الخاصة للنص في تفسيره يتعين أن يكون في نطاق العلة العامة للتشريع والمقصد العام للشارع الحكيم: ذلك أن هذه العلة وهذا المقصد يتمثل فيهما روح التشريع وفلسفته اللتان لا يجوز الخروج عليهما.

٢٠٨ – تطبيقات لتفسير النص الجنائي في ضوء علته:

من هذه التطبيقات تفسير نص السرقة الذي ورد في قوله تعالى «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُواْ أَيْدِيَهُمَا جَزَاء بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللّهِ»[١٩٤]، والذي اجتهد الفقهاء في تفسيره بالتعريف الذي وضعوه للسرقة في قولهم بأنها "أخذ مال مملوك للغير من حرز مثله". هذا التعريف يستخلص منه أن السرقة تنال بالاعتداء ملكية المجني عليه الثابتة على ماله، وتنال كذلك بالاعتداء حيازته لهذا المال. ومؤدى ذلك أن السرقة تنال بالاعتداء أمرين: الملكية والحيازة، ويعني ذلك أن علة نص السرقة هي كفالة حماية شاملة للملكية والحيازة. والنتيجة التي تترتب على ذلك أن كل اعتداء على الملكية والحيازة تقوم به جريمة السرقة. ويقتضي ذلك تحديد مدلول المال الذي يصلح محلاً للملكية والحيازة، ويصلح بناء على ذلك

---

(١٩٤) سورة المائدة، الآية ٣٨.

موضوعاً للسرقة. نرى أنه يصلح موضوعاً للسرقة كل شيء يصلح محلاً للملكية والحيازة، ذلك أنه يتحقق بأخذه الاعتداء على المصالح التي يهدف الشارع بعقابه على السرقة إلى حمايتها، وتتحقق بناء على ذلك العلة في العقاب على السرقة، وأهم نتيجة تترتب على ذلك أن الكهرباء تصلح محلاً للسرقة، باعتبارها تصلح موضوعاً للملكية والحيازة، إذ يقع عليهما الاعتداء الذي تفترضه السرقة. ومثل الكهرباء في ذلك أية قوة محرزة. ويترتب على هذا التحديد لأركان السرقة، وبالذات ركن "الأخذ"، تحقق هذه الأركان في حالة إذا ما استولى شخص على شيء سلم إليه لكي يعاينه ويفحصه، كما إذا استولى من يزعم الشراء على السلعة التي سلمت إليه كي يفحصها دون أن يدفع الثمن المحدد لها، ذلك أن التسليم الذي صدر من البائع لم ينقل إلى المتسلم حيازة الشيء، فما زالت هذه الحيازة للبائع، فإذا استولى مدعي الشراء على الشيء، فهو معتد على حيازة ما زالت لغيره.

وإذا فسرنا لفظ "الجروح" في قوله تعالى «والجروح قصاص» واجتهدنا في تحديد المراد بالجروح التي تستوجب القصاص أو الجروح التي تستوجب التعزير إذا لم تتوافر شروط القصاص، تعين وفقاً للمنهج الغائي في التفسير أن نحدد علة العقاب على إحداث الجروح بالمجني عليه، واتضح لنا أن هذه العلة هي حماية مصلحة المجني عليه في سلامة جسمه، وخاصة سير وظائف الحياة على النحو الطبيعي المعتاد، ومن ثم ساغ أن يعتبر من قبيل الجروح اصطلاحاً كل فعل يهدر هذه المصلحة، ولو كان لا يعتبر "جرحاً" لغة، كإعطاء مواد ضارة، أو نقل جراثيم مرض إلى صحيح الجسم، أو توجيه أشعة ضارة لا تنال ظاهر الجسم بسوء ولكنها تخل بالسير العادي لعضو داخلي منه، فتتلفه أو تجعله ينحرف في أداء وظيفته على النحو المعتاد.

وهذا المنهج في التفسير يفضل المنهج الذي أخذ به فقهاء القوانين الوضعية.

المبحث الثاني

سلطان النص الجنائي الشرعي

٢٠٩- تمهيد:

إن مجرد وجود النص الذي يجرم فعلاً أو امتناعاً غير كاف لكي يخضع الفعل أو الامتناع له، وإنما يتعين أن يدخل الفعل أو الامتناع في نطاق سلطانه؛ أما إذا كان خارجاً عنه، فمن غير الجائز أن يوصف بأنه غير مشروع وفقاً لذلك النص، وإن طابق النموذج الذي حدده.

ولسلطان النص حدود ثلاثة: حدود زمنية وحدود مكانية وحدود شخصية. ولا يعتبر الفعل أو الامتناع غير مشروع وفقاً لذلك النص إلا إذا دخل في نطاق الحدود الزمنية والمكانية والشخصية لسريانه. أما إذا خرج على إحداها بأن ارتكب في زمن لا يسري فيه النص، أو في مكان لا يسري فيه، أو كان مرتكبه لا يخضع لحكمه، فالفعل لا يوصف بأنه غير مشروع وفقاً له.

ونرى بناء على ذلك تقسيم دراسة سلطان النص إلى أقسام ثلاثة: سلطانه الزمني، وسلطانه المكاني، وسلطانه من حيث الأشخاص.

المطلب الأول

سلطان النص الجنائي الشرعي من حيث الزمان

٢١٠- الضابط في تحديد سلطان النص الجنائي الشرعي من حيث الزمان:

الضابط في تحديد سلطان النص الجنائي من حيث الزمان هو سريانه وقت ارتكاب الفعل الذي تقوم به الجريمة، أما إذا ارتكب الفعل قبل لحظة سريان النص، أو ارتكب بعد انقضاء فترة سريانه، فلا يسري عليه ذلك النص. وبناء على ذلك كان سلطان النص محصوراً بين لحظتين: لحظة ابتداء سريانه، ولحظة انقضاء سريانه، فله بين اللحظتين سلطانه، ولا سلطان له فيما عدا ذلك.

ولا يثير الأمر صعوبة بالنسبة للنصوص الشرعية التي وردت في المصادر الأصلية للشريعة، أي التي وردت في القرآن أو السنة، فهي بطبيعتها وبحكم اللزوم العقلي لا تقبل نسخاً أو تعديلاً بعد انتقال الرسول صلى الله عليه وسلم إلى الرفيق الأعلى، إذ قد استقرت على نحو نهائي هذه النصوص. ومن ثم صارت أبدية السريان. ولكن ثار هذا الموضوع في إبان فترة الرسالة، إذ كان الوحي متصلاً، وكان الله تعالى ينزل على قلب رسوله الكريم آياته على نحو تدريجي استمر ما يزيد على اثنتين وعشرين سنة. وكان الرسول عليه الصلاة والسلام يورد أحاديثه الشريفة على مدى هذا الزمن، ومن ثم يتصور أن ينسخ بعض هذه النصوص البعض الآخر، إذا توافرت شروط النسخ التي نفصلها فيما بعد. وقد قال الله تعالى في ذلك «مَا نَنسَخْ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِّنْهَا أو مثلها»(١٩٥)، فيثور التساؤل حول تحديد النص الواجب التطبيق على الجريمة: فإذا ارتكب الفعل في ظل نص معين ثم جرت محاكمته بعد نسخ هذا النص وحلول نص آخر مكانه، فأي النصين يكون الواجب التطبيق على ذلك الفعل: أهو النص الساري وقت الفعل أم النص الساري وقت محاكمة مرتكبه؟ ويثور التساؤل من وجه آخر: إذا ارتكب الفعل قبل ورود النص، أي قبل أن تنزل الآية أو يرد الحديث الذي يعاقب عليه، فهل يطبق ذلك النص على فعل سبق ورود ذلك النص؟

وتثور المشكلة في صورة أوضح بالنسبة لنصوص التشريع الوضعي الإسلامي، في المجال الذي أجازه الشارع الحكيم، أي مجال الجرائم التعزيرية: فقد أسلفنا أن في وسع الشارع الوضعي الإسلامي أن يضع تشريعاً يتضمن النصوص الخاصة بالجرائم التعزيرية، وهذه النصوص بطبيعة الحال يمكن أن يضاف إليها إذا اقتضت مصلحة المجتمع تجريم أفعال لم تكن مجرمة من قبل ويمكن أن ينسخ بعضها صراحة أو ضمناً. وفي هذه الحالة يثور التساؤل كذلك حول تحديد القانون الواجب التطبيق على جريمة ارتكبت في ظل نص، وقدم مرتكبها إلى المحاكمة في ظل نص لاحق: أهو النص الذي كان سارياً وقت ارتكاب الجريمة، أم النص الساري وقت محاكمة مرتكبها؟

ونخلص مما تقدم أن الضابط في تحديد النص الجنائي الذي يسري على الجريمة هو لحظة ارتكابها، فالنص الساري في هذه اللحظة هو النص الواجب

(١٩٥) سورة البقرة، الآية ١٠٦.

التطبيق، وليس النص الساري وقت محاكمة مرتكبها، إذا اختلف النصان.

ومؤدى ذلك تقرير قاعدة أساسية في تحديد سلطان النص الجنائي من حيث الزمان، هي قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية، فإذا عمل بنص طبق على ما يرتكب بعد العمل به، ولا يطبق على ما ارتكب قبل العمل به. وهذه القاعدة تقررها التشريعات الحديثة، وتستند إلى نصوص صريحة فيها، بل أن هذه القاعدة لأهميتها قد حرصت على النص عليها بعض الدساتير الحديثة، ومنها الدستور المصري. ونعتقد أن هذه القاعدة تسري كذلك في التشريع الجنائي الإسلامي، وسندها نصوص صريحة وسنة فعلية، بالإضافة إلى أن لها علتها المستمدة من اعتبارات العدالة ومن المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية.

ولكن هذه القاعدة ليست مطلقة، إذ يرد عليها استثناء هام يقلص من نطاقها إلى حد كبير، هو سريان النصوص الجنائية الأصلح للمتهم على ما ارتكب قبل العمل بها: فإذا ارتكب شخص جريمة في ظل قانون يعاقب عليها بعقوبة معينة ثم صدر بعد ذلك قانون يزيل هذه العقوبة، أي يجعل الفعل غير معاقب عليه، أو يستبدل بها عقوبة أخف، فإن هذا القانون يكون هو الواجب التطبيق، فلا يعاقب مرتكب الجريمة إطلاقاً أو يعاقب بالعقوبة المخففة التي يقررها القانون الجديد.

٢١١- تقسيم:

نرى أن نبحث قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية الشرعية، ثم نبحث الاستثناء الذي يرد عليها في صورة تطبيق النصوص الأصلح للمتهم على ما ارتكب قبل العمل بها.

ونرى أن دراسة هذه القاعدة والاستثناء الذي يرد عليها يتعين أن تمهد لها دراسة "النسخ"، باعتباره يحدد لحظة انقضاء العمل بالنص، ويحول دون سريانه على أي فعل يرتكب بعد لحظة نسخه.

١- النسخ

٢١٢- تعريف النسخ:

النسخ هو إبطال العمل بنص شرعي بدليل متراخ عنه زمناً، يقرر انتهاء العمل بحكمه كلياً أو جزئياً.

وقد عرفه الإمام ابن حزم بقوله "حد النسخ أنه بيان انتهاء الأمر الأول، ووصفه بأنه نوع من الاستثناء لأنه استثناء زمان، وتخصيصه بالعمل دون سائر الأزمان". وقد اعتبر الإمام الشافعي النسخ فرعاً من بيان الأحكام، باعتباره يصنع صورة جديدة للتشريع يستبعد منها النص الذي تعلق به النسخ. والزمن الذي يجوز فيه النسخ هو حياة الرسول صلى الله عليه وسلم، إذ هو زمن ورود النصوص والأحكام الشرعية، فقد اقتضى التدرج في التشريع نسخ بعض النصوص وإبطال ما قررته من أحكام مسايرة للتطور، أما بعد انتقاله إلى الرفيق الأعلى فقد استقرت النصوص الشرعية، ولم يعد محل لورود نصوص ناسخة لنصوص سابقة.

ويتضح بذلك أن علة النسخ أحد أمرين: مراعاة التدرج في التشريع، ومسايرة التطور الذي يعرض لظروف المجتمع الإسلامي.

٢١٣- ما يكون النسخ به:

النسخ لا يكون إلا بناء على نص يعادل في القوة النص الذي ينسخه.

وتطبيقاً لهذه القاعدة، فإنه لا ينسخ نص بإجماع: لأنه لا يجوز أن ينعقد الإجماع على خلاف نص، ولا ينسخ نص بقياس لأن النص أقوى في المرتبة التشريعية من القياس. ولا ينسخ قياس بقياس، لأن القياس اللاحق دل على بطلان القياس السابق، فكأنه لم يوجد أصلاً، وذلك على خلاف النسخ الذي يفترض الوجود الصحيح للنص السابق.

ويتعين أن يكون النص الناسخ في قوة النص المنسوخ أو أقوى منه. وهذا الشرط يفرضه المنطق التشريعي، إذ لا يتصور عقلاً إبطال قوي بضعيف. وتطبيقاً لذلك، فإنه إذا كان النص قطعي الثبوت وقطعي الدلالة، فلا ينسخه إلا نص قطعي الثبوت والدلالة كذلك. وبناء على ذلك، فإن نصوص القرآن قد تنسخ بنصوص قرآنية لاحقة في النزول، وقد تنسخ بسنة متواترة لأنها قطعية الثبوت والدلالة كذلك. ولكن لا ينسخ نص قرآني بحديث الآحاد، إذ هو غير قطعي الثبوت.

٢١٤- شروط النسخ:

يتعين أن تتوافر شروط لصحة النسخ. وهذه الشروط يفرضها منطق التشريع، وعلة النسخ ذاته. ومن شأن هذه الشروط أن تضع النسخ في نطاقه

الصحيح، حتى لا يكون من شأن التوسع فيه الإخلال بما يتعين أن يكون عليه التشريع من استقرار. وفيما يلي بيان هذه الشروط:

الشرط الأول:

يتعين أن يكون الحكم المنسوخ غير مقترن بعبارة يستدل منها على أنه غير قابل للنسخ، إذ مؤدى ذلك أن النسخ يرد على محل غير صالح له. ومثال ذلك العبارة التي تدل على دوام الحكم وتأبيده، كقوله تعالى في شأن قاذفي المحصنات «وَلا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً»[١٩٦]، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم "الجهاد ماض إلى يوم القيامة".

الشرط الثاني:

لا يقبل النسخ نص تضمن حكماً أساسياً يمثل أحد أركان الإسلام أو يمثل حكماً يفرضه المنطق التشريعي والعقل، إذ أن نسخه يهدم الدين، ويدخل الخلل على اتساق أحكام الشريعة، ومثال ذلك النصوص التي أوجبت الإيمان بالله ورسله وكتبه أو فرضت العبادات أو أمرت بالفضائل أو نهت عن الرذائل.

الشرط الثالث:

أن يكون النص الناسخ متأخراً في الورود عن النص الذي يرد عليه النسخ، إذ لو كان معاصراً له، لكان تخصيصاً لعمومه، أو تقييداً لمطلقه أو استثناء على أصله، وخضع لقواعد خاصة غير القواعد الخاصة بالنسخ.

الشرط الرابع:

أن يكون النص الناسخ في قوة النص المنسوخ، وقد تقدم بيان ذلك.

الشرط الخامس:

إذا كان النسخ ضمنياً، فإنه يتعين أن يكون التوفيق بين النصين غير ممكن، إذ لو أمكن لتعين، تطبيقاً لأصل أن إعمال النص خير من إهماله.

٢١٥- أنواع النسخ:

النسخ أنواع عديدة، وفيما يلي بيان أهمها:

---

(١٩٦) سورة النور، الآية رقم ٤.

أ- النسخ الصريح والنسخ الضمني:

النسخ الصريح يفترض أن النص اللاحق ينص صراحة على إبطال العمل بالنص السابق. ومثاله قول الرسول صلى الله عليه وسلم "كنت نهيتكم عن زيارة القبور، ألا فزوروها فإنها تذكركم الحياة الآخرة"، وقوله عليه الصلاة والسلام "إنما نهيتكم عن ادخار لحوم الأضاحي لأجل الرأفة، ألا فادخروا".

والنسخ الضمني يعني ورود نص لاحق ينظم ذات الموضوع الذي كان ينظمه النص السابق ولكن على نحو مختلف، ولا يمكن التوفيق بين النصين، فيكون متعيناً إبطال أحدهما، فيبطل السابق، ويعتبر النص اللاحق بذلك ناسخاً للنص السابق عليه ضمناً. وأبرز مثال له قول الله سبحانه وتعالى «كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ»[١٩٧]، فقد نسخه ضمناً قوله عز وجل «يُوصِيكُمُ اللّهُ فِي أَوْلاَدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ»[١٩٨]. فالآية الأولى دلت على أن مالك المال يوصي للوالدين والأقربين بأنصبة من تركته، والآية الثانية تضمنت تنظيماً تشريعياً كاملاً لأحكام المواريث، فكانت بذلك مستبعدة الوصية للورثة واضعة محلها أحكاماً إلزامية للميراث. ومؤدى ذلك أنها نسخت الآية الأولى ضمناً. وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث" مقرراً نسخ آية الوصية بآيات المواريث.

ب- النسخ الكلي والنسخ الجزئي:

النسخ الكلي هو أن يبطل الشارع العمل بالنص السابق بالنسبة لجميع المكلفين الذين كانوا خاضعين للحكم الوارد فيه، فيكون للنصين ذات مجال السريان من حيث الأشخاص. ومثال ذلك قول الله تعالى «وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً وَصِيَّةً لِّأَزْوَاجِهِم مَّتَاعاً إِلَى الْحَوْلِ غَيْرَ إِخْرَاجٍ»[١٩٩]، فقد جعل عدة كل من يتوفى عنها زوجها "حولاً كاملا"، ثم قوله سبحانه «وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً»[٢٠٠]، فقد قرر أن هذه العدة هي أربعة

---

[١٩٧] سورة البقرة، الآية ١٨٠.
[٢] سورة النساء، الآية ١١.
[٣] سورة البقرة، الآية ٢٤٠.
[٤] سورة البقرة، الآية ٢٣٤.

أشهر وعشرة أيام. فكان هذا النص اللاحق ناسخاً النص السابق بالنسبة لجميع الزوجات اللائي يتوفى عنهن أزواجهن.

والنسخ الجزئي يفترض أن الشارع قد أورد نصاً قرر فيه حكماً يسري على جميع المكلفين، ثم أورد بعد ذلك نصاً يستبعد من نطاق ذلك الحكم بعض المكلفين فكان النص اللاحق ناسخاً النص السابق بالنسبة لبعض من كان النص السابق يسري عليهم، ومبقياً على حكمه كاملاً بالنسبة لمن عداهم. ومثاله قول الله تعالى «وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً»[١]، فهذه الآية يستفاد منها أن حد القذف يطبق على كل من يقذف محصنة ولو كان زوجها، أي أنه عام النطاق على جميع القاذفين محصنة. وقد نزل بعد ذلك قوله سبحانه «وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاء إِلاَّ أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ»[٢] فالآية الثانية أخرجت من عموم الآية الأولى قاذف زوجته، مبقية على سريانها على قاذف المحصنة إذا كان غير زوجها، فكان بذلك ناسخاً نسخاً جزئياً حكم الآية الأولى بالنسبة لبعض من كانوا يخضعون لها.

وتطبق نظرية النسخ – بذات قواعدها السابقة – على النصوص الوضعية التي يتضمنها قانون عقوبات إسلامي في شأن الجرائم التعزيرية. فهذه النصوص تقبل دائماً "الإلغاء" والنسخ، صريحاً أو ضمنياً: فالصريح يفترض اشتمال التشريع اللاحق على حكم يقرر انتهاء العمل بالتشريع السابق، وبذلك تكون لحظة نفاذ التشريع اللاحق هي بذاتها لحظة إلغاء التشريع السابق. والإلغاء أو النسخ الضمني يفترض اشتمال التشريع اللاحق على أحكام تتناول ذات الموضوع الذي كان يتناوله التشريع السابق وتنظمه على نحو مختلف، ويستفاد الإلغاء من تعارض الأحكام اللاحقة مع الأحكام السابقة ووجوب تغليب الأولى على الثانية.

٢ – قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية الشرعية

٢١٦ – ماهية القاعدة:

---

(١) سورة النور، الآية ٤.

(٢) سورة النور، الآيتان ٦ ، ٧.

تعني قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية الشرعية أن نص التجريم لا يسري إلا علي الأفعال التي ترتكب بعد لحظة نفاذه، فهو إذن لا يسري إلا علي الأفعال التي ارتكبت قبل هذه اللحظة. فالنص الواجب التطبيق علي الجريمة هو النص المعمول به وقت ارتكابها، وليس النص المعمول به وقت محاكمة مرتكبها.

ولهذه القاعدة نتيجتان مرتبطتان:

الأولي: أنه لا يجوز أن يطبق نص التجريم علي فعل ارتكب قبل العمل به، وكان مباحاً في ذلك الوقت، فمرتكب هذا الفعل لا يجوز أن يوقع عليه عقاب، علي الرغم من العمل بالنص الذي يجرم فعله.

والثانية: أنه لا يجوز أن يطبق نص التجريم علي فعل ارتكب قبل العمل به، وكان معاقباً عليه بعقوبة أخف مما يقضي به ذلك النص، فمرتكب هذا الفعل لا يجوز أن يوقع عليه عقاب يزيد عما كان يقضي به النص السابق الذي كان معمولاً به وقت ارتكاب الفعل.

٢١٧ – النصوص الشرعية التي تستند إليها قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية:

أهم هذه النصوص هي قول الله تعالي «وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً»[٢٠٣] وتفسير هذه الآية أن الله تعالي لا يعذب قوماً إلا بعد أن يبعث إليهم رسولاً يبلغهم ما يأمرهم به الله تعالي وما ينهاهم عنه، ويعني ذلك أن العذاب إنما يكون بعد إبلاغهم وعصيانهم لما أبلغوا به ويستفاد من ذلك بمفهوم المخالفة أنه لا عذاب قبل الإبلاغ بالأمر أو النهي الذي خولف. وإذا توسعنا في تفسير هذا النص، ففهم "العذاب" في معني العذاب الدنيوي كذلك في شكل العقوبة إلي جانب العذاب الأخروي بطبيعة الحال، وفهم الرسول في معني "المبلغ" من ربه، كانت خلاصة ذلك أنه لا عقوبة قبل ورود النص المقرر لتلك العقوبة، وهذه هي قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية. وفي ذات المعني ورد قول الله سبحانه «وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولاً يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا وَمَا كُنَّا مُهْلِكِي الْقُرَى إِلاَّ وَأَهْلُهَا ظَالِمُونَ»[٢٠٤].

---

[٢٠٣] سورة الإسراء، الآية ١٥.

[٢] سورة القصص، الآية ٥٩.

واستناداً إلي هذه النصوص وضح علماء الأصول القاعدة التي تقرر أنه "لا يكلف شرعاً إلا بفعل ممكن، مقدور للمكلف، معلوم له علماً يحمله علي امتثاله" والقاعدة التي تقرر أنه "لا معني لأفعال العقلاء قبل ورود النص".

٢١٨- تطبيقات قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية:

طبقت هذه القاعدة تطبيقاً واسعاً: فكثير من آيات القرآن الكريم التي جاءت بنهي عن سلوك، قررت في ذات الوقت عدم توقيع جزاء على من أتى ذات السلوك قبل نزول النهي، فقال تعالى في شأن تحريم الزواج من زوجات الآباء: «وَلاَ تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاء إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فاحشَةً وَمَقْتاً وَسَاء سَبِيلاً»[٢٠٥] وقال سبحانه في شأن تحريم الجمع بين الأختين «وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إَلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ».[٢٠٦] ويفهم من هذين النصين عدم العقاب على من صدر منه هذا السلوك في الجاهلية، أي قبل نزول الآيتين. وقال الله عز وجل في شأن تحريم الربا «الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لاَ يَقُومُونَ إِلاَّ كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُواْ إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَن جَاءهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانتَهَىَ فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُوْلَـئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ»[٢٠٧]. ويفهم من هذه الآية أنه لا جزاء على من صدر عنه ربا في الجاهلية طالما أنه امتنع عنه بعد أن ورد إليه النهي عنه، فالجزاء لا يكون عن فعل مرتكب قبل النهي، وإنما يكون عما يرتكب بعد النهي. بل إن صياغة الآية الكريمة قد وضعت على وجه من التعميم بحيث لا يقتصر تطبيقها على الربا، وإنما تطبق على كل سلوك تقوم به معصية، فيكون معنى الآية "من جاءته موعظة بأمر أو نهي عن فعل كان منه في الجاهلية فانتهى فإنه لا يعاقب على ما كان منه، ويكون العقاب على ما سيحدث منه من بعد ذلك، إذ يكون على العود القابل، دون الذي وقع في الماضي".[٢٠٨]

بل أن القاعدة قد طبقت في الشريعة الإسلامية في نطاق أوسع مما تطبق به في التشريعات الوضعية، فقد طبقت على من صدر عنه السلوك المنهي عنه قبل دخوله في الإسلام على الرغم من أن هذا السلوك كان بعد ورود النهي عنه.

---

(٢٠٥) سورة النساء، الآية ٢٢.
(٢) سورة النساء، الآية ٢٣.
(٣) سورة البقرة ، الآية ٢٧٥.
(٤) الشيخ أبو زهرة، الجريمة والعقوبة، رقم ٣٣٠ ص ٢٨٦.

فقد قال الله تعالى «قُل لِلَّذِينَ كَفَرُواْ إِن يَنتَهُواْ يُغَفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ»[٢٠٩]. وتطبيقاً لهذه الآية، فقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن العاص عندما أسلم "إن الإسلام يجب ما قبله". وتطبيقاً لهذه الآية، فإنه عليه الصلاة والسلام لم يعاقــب قاتل عمه حمزة بن عبد المطلب، ولم يسائل أبا سفيان وزوجته هند بنت عتبة عما صدر عنهما من سلوك يخالف نصوصاً صريحة في القرآن والسنة.

٢١٩- تعليل القاعدة:

نعتقد أن أهم تعليل لهذه القاعدة قول الله تعالى «لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا»[٢١٠]، وقوله كذلك «رَبَّنَا وَلاَ تُحَمِّلْنَا مَا لاَ طَاقَةَ لَنَا بِهِ»[٢١١]: ذلك أن تكليف شخص أن يطابق سلوكه على مقتضى نص لم يرد بعد، وبالتالي لم يعلم به قط، هو تكليف بما ليس في وسعه، وبما لا طاقة له به، ولا يتصور أن يكلف الشارع الحكيم بمستحيل وتنزه سبحانه عن ذلك.

ويدعم هذه القاعدة كذلك صلتها "بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات"، إلى الحد الذي تعتبر به نتيجة له. ولما كانت الشريعة الإسلامية قد أقرت هذا المبدأ، فمن الطبيعي أن تقر هذه القاعدة كذلك. وبيان ذلك أن "مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات" يتطلب أن يتوافر – إلى جانب الفعل المرتكب – نص يجرمه ويعاقب عليه، فإذا طبق على الفعل نص لم يعاقب عليه، فإن معنى ذلك العقاب على الفعل على الرغم من أن ذلك النص لم يكن إلى جانبه وقت ارتكابه، أو العقاب عليه بأشد مما كان مقرراً وقت ارتكابه، وفي ذلك إهدار لاشك فيه لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

٢٢٠- هل "قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية" مطلقة؟

يثور التساؤل حول ما إذا كانت قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية هي قاعدة مطلقة، لا يرد عليها استثناء قط، أم أن هناك استثناءات ترد عليها.

---

[٥] سورة الأنفال الآية ٣٨.

[٢١٠]، [٢] سورة البقرة، الآية ٢٨٦.

إن هذه القاعدة يرد عليها استثناء لاشك فيه، محله "النصوص الجنائية الأصلح للمتهم"، فهذه النصوص ترجع إلى الماضي فتطبق على أفعال ارتكبت قبل ورودها. ولكن هذا الاستثناء لا يهدم القاعدة، وإنما يتكامل معها، فيدعم علتها، ونتناوله بالدراسة فيما بعد.

ولكن بعض الباحثين في الفقه الجنائي الإسلامي، رأوا أن هذه القاعدة قد وردت عليها استثناءات، إذ طبق الرسول صلى الله عليه وسلم نصوصاً على وقائع حدثت قبل نزول هذه النصوص، مما يعني أنه جعل لهذه النصوص أثراً رجعياً، وأشاروا إلى واقعتين تمثلان تطبيقاً رجعياً للنص الجنائي، هما واقعة الإفك، وواقعة العرنيين، واستخلصوا من ذلك أن النص الجنائي يجــوز أن يكون له أثر رجعي في الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن العام والنظام العام.[٢١٢]

٢٢١– مدى جواز تقرير أثر رجعي للنصوص الجنائية في حالة الجرائم الخطيرة:

يستند القول بجواز ذلك إلى واقعتين: واقعة الإفك وواقعة العرنيين. تتعلق واقعة الإفك بشخص قذف في حق أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها، فبرأها الله تعالى مما أسنده إليها في قوله سبحانه «إِنَّ الَّذِينَ جَاؤُوا بِالإِفْكِ عُصْبَةٌ مِّنكُمْ لا تَحْسَبُوهُ شَرّاً لَّكُم بَلْ هُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ لِكُلِّ امْرِئٍ مِّنْهُم مَّا اكْتَسَبَ مِنَ الإِثْمِ وَالَّذِي تَوَلَّى كِبْرَهُ مِنْهُمْ لَهُ عَذَابٌ عَظِيمٌ * لَوْلا إِذْ سَمِعْتُمُوهُ ظَنَّ الْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بِأَنفُسِهِمْ خَيْراً وَقَالُوا هَذَا إِفْكٌ مُّبِينٌ * لَوْلا جَاؤُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاء فَأُوْلَئِكَ عِندَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ * وَلَوْلا فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ لَمَسَّكُمْ فِي مَا أَفَضْتُمْ فِيهِ عَذَابٌ عَظِيمٌ * إِذْ تَلَقَّوْنَهُ بِأَلْسِنَتِكُمْ وَتَقُولُونَ بِأَفْوَاهِكُم مَّا لَيْسَ لَكُم بِهِ عِلْمٌ وَتَحْسَبُونَهُ هَيِّناً وَهُوَ عِندَ اللَّهِ عَظِيمٌ * وَلَوْلا إِذْ سَمِعْتُمُوهُ قُلْتُم مَّا يَكُونُ لَنَا أَن نَّتَكَلَّمَ بِهَذَا سُبْحَانَكَ هَذَا بُهْتَانٌ عَظِيمٌ * يَعِظُكُمُ اللَّهُ أَن تَعُودُوا لِمِثْلِهِ أَبَداً إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ * وَيُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمُ الآيَاتِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ».[٢١٣] ونزلت بعد ذلك آية القذف التي ورد فيــها قوله تعالى «وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلاَ تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ».[٢١٤] وقد طبق الرسول صلى الله عليه وسلم هذا الحد على القاذف، فاستخلص بعض الفقهاء من ذلك أنه صلى الله عليه وسلم جعل لآية القذف أثراً رجعياً.

---

(٢١٢) الأستاذ عبد القادر عودة، ٢٦٦.

(٢١٣) سورة النور، الآية ١١ – ١٨.

(٣) سورة النور، الآية ٤.

أما واقعة العرنيين فمجملها أن قوماً من عرينة قدموا إلى المدينة ثم اجتووها فأمر الرسول صلى الله عليه وسلم بإبل ومعها راعيها، وأمرهم أن يشربوا ألبانها وأبوالها، فلما صحوا قتلوا الراعي وسملوا عينيه واستاقوا الإبل، فأمر الرسول بأن يقتلوا ببعد الماء عنهم، وتسمل أعينهم. ونزل قول الله تعالى «إِنَّمَا جَزَاء الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الأَرْضِ فَسَاداً أَن يُقَتَّلُواْ أَوْ يُصَلَّبُواْ أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلافٍ أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ الأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ خِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ».(٢١٥) وقال بعض الفقهاء إن الرسول صلى الله عليه وسلم قد طبق الحد الذي نصت عليه الآية السابقة على واقعة حدثت قبل نزولها، فجعل لها بذلك أثراً رجعياً.

وقد استخلص بعض الباحثين المحدثين من ذلك "جواز الرجعية في الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن العام والنظام العام".

٢٢٢- مدى دلالة الواقعتين السابقتين على تقرير أثر رجعي للنصوص الجنائية:

نرى أن القول بأن آيتي القذف والحرابة قد طبقتا في الواقعتين السابقتين بأثر رجعي قول محل نظر:

فتوقيع عقوبة القذف على من قذف في حق السيدة عائشة رضي الله عنها في رأي بعض المؤرخين كان لاحقاً على نزول الآية التي قررت حد القذف، فإذا صحت هذه الرواية كان معنى ذلك أن تطبيق الآية لم يكن بأثر رجعي. أما إذا لم تصح، وكان الرسول صلى الله عليه وسلم قد أوقع عقوبة القذف على واقعة سبقت الآية التي قررته، فإن ذلك لا يعني تقرير أثر رجعي لهذه الآية، ذلك أن للرسول صلى الله عليه وسلم سلطة تشريعية، فقد قرر بمقتضى هذه السلطة الحد، ثم جاءت الآية مقرة عمله، ومؤدى ذلك أن إنزال الحد في حادث الإفك لم يكن سنده الآية، وإنما كان سنده السنة التي أقرها القرآن. وهذا الرأي في تقديرنا هو الصحيح، وسنده السنة النبوية وصلاحيتها مصدراً لتقرير الحكم الشرعي.

أما توقيع حد الحرابة على واقعة العرنيين، وقد حدثت قبل نزول آية الحرابة، مما يعني تقرير أثر رجعي لها، فيرد عليه بما رآه بعض الفقهاء من أن

(٢١٥) سورة المائدة، الآية ٣٣.

http://www.rafatosman.com/

إنزال الجزاء عليهم لم يكن باعتباره حد الحرابة، وإنما كان هذا الجزاء قصاصاً منهم لأنهم قتلوا الراعي وسملوا عينيه، وكان القصاص جزاء مقرراً قبل هذه الواقعة. فإذا جاز هذا القول لم يكن في إنزال ذلك الجزاء تقريراً لأثر رجعي لآية الحرابة. ويرى الإمام محمد أبو زهرة "أن هذا الخبر لا يمكن أن يكون صحيح النسبة إلى النبي صلى الله عليه وسلم لما في متنه من شذوذ، ومخالفته للأحاديث الصحيحة المجمع على معناها. وبعض ما جاءت فيه يخالف المعلوم من الدين بالضرورة، وإن فرض أن الواقعة صحيحة، فإنه لا يمكن أن تكون عن أمر النبي صلى الله عليه وسلم، ولا دليل على أنها بلغته، ولم يستنكرها، وعدم النقل لا يقتضي أنها بلغته ولم يستنكر، بل القريب إلى المعقول أن يكون قد استنكر، ولكن بلغتنا الواقعة، ولم يبلغنا الاستنكار".

وقد مهد فضيلته لرأيه بقوله "ولئن استسيغ قطع الأيدي والأرجل لأنهم سرقوا وقتلوا وبغوا، وارتدوا بعد أن أسلموا – ليس بمستساغ في الإسلام تركهم يموتون عطشاً وحتى يكدموا الأرض، فإن الحديث الصحيح يقول "إذا قتلتم فأحسنوا القتلة" والنبي صلى الله عليه وسلم يقول "إياكم والمثلة ولو بالكلب" ولم يعرف أنه في قتاله مثل بقتيل، مع أن خصومه كانوا يمثلون بقتلى المسلمين.[٢١٦]

ونحن نؤيد الإمام في رأيه، إذ من غير المتصور أن يأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بشيء لا يتفق مع روح الإسلام وإنسانيته وعدالته، وهو المبلغ عن ربه سبحانه وتعالى رسالة الإسلام في نصوصها وتعاليمها وروحها، وهو في قوله وفعله المثل الكامل للمؤمن الحق والمسلم الحق.

وبناء على ذلك، فنحن لا نرى أن الرسول صلى الله عليه وسلم قرر لبعض النصوص الجنائية أثراً رجعياً، ويؤكد ذلك ما اتصفت به قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية في الشريعة الإسلامية من نطاق عام، لا محل لإيراد استثناء عليه، إذ أن خرق هذه القاعدة يمس باعتبارات العدالة التي استندت إليها، ولا يجوز المساس به.

٢٢٣- عدم صحة القول بورود استثناء يجيز الرجعية في حالة الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن العام والنظام العام:

---

[٢١٦] الإمام أبو زهرة: بند ٣٣١، ٣٣٢، صفحة ٣٢٦، ٣٢٧.

لا نعتقد صحة القول بأن الشريعة الإسلامية تجيز رجعية النصوص الجنائية في حالة الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن العام والنظام العام: فالنصوص الشرعية، من آيات وأحاديث، التي استند إليها هذا الرأي لا تؤيده، إما لأن نزول الآية كان لاحقاً على سنة سبقت الواقعة أو عاصرتها فكانت السنة منشئة القاعدة العقابية التي طبقت وكانت الآية إقراراً لهذه السنة، وإما لأن الواقعة التي تثير القول برجعية النص يشوب حدوثها الشك الكبير، مما لا يدع مجالاً للقول بأن النص الذي يختص بها قد طبق بأثر رجعي. وبعض النصوص التي قيل بأنها طبقت على وقائع سبقت صدورها إنما كانت نصوصاً أصلح للمكلف، وسريان مثل هذه النصوص، وإن كان استثناء على قاعدة عدم الرجعية، إلا أنه استثناء يتكامل مع القاعدة، على ما نفصله فيما بعد.

ونستند كذلك في التحفظ على هذا الرأي إلى أن قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية تستند إلى آيات قرآنية وأحاديث نبوية صحيحة، الأمر الذي لا يجوز معه إهدار هذه القاعدة، ولو بصفة جزئية. وبالإضافة إلى ذلك، فإن لهذه القاعدة سندها من اعتبارات العدالة والمصلحة العامة مما لا يدع سبيلاً لإهدارها، ولو جزئياً.

٢٢٤- تطبيق قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية في تقنين عقابي إسلامي حديث:

قدمنا أننا نرى أن من المصلحة أن يوضع تقنين جنائي إسلامي حديث، في المجال الذي أجاز فيه الشارع الإسلامي الحكيم لولي الأمر أن يقرر تجريم بعض الأفعال وتحديد عقوبات، وهو مجال الجرائم التعزيرية.

ونرى أن في هذا المجال يتعين إقرار قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية في كل نطاقها. وتحرص التشريعات الوضعية على تقرير هذه القاعدة، بل ووضعها في الدستور، إبرازاً لأهميتها، وحرصاً على عدم المساس بها بالطريق التشريعي العادي، وتحرص بعد ذلك على النص عليها في قانون العقوبات. وعلى سبيل المثال، فإن الدستور المصري نص عليها في المادة ٦٦ منه التي قضت بأنه " ... لا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون". وقاعدة عدم الرجعية مقررة كذلك في التشريعات غير الجنائية، صيانة لحقوق مكتسبة قبل العمل بالتشريع الجديد، ولكنها تحظى بقوة خاصة في المجال الجنائي مقارناً بالمجال غير الجنائي،

فعلى حين يجوز للشارع أن يقرر أثراً رجعياً لبعض التشريعات غير الجنائية، فإنه لا يجوز له ذلك في مجال التشريعات الجنائية، فالمادة ١٨٧ من الدستور المصري نصت على أنه "لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها. ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب". وقد أعاد الشارع المصري النص على هذه القاعدة في قانون العقوبات: فالمادة الخامسة منه، نصت في فقرتها الأولى على أن "يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها". ولهذه النصوص نظائر في أغلب دساتير وقوانين البلاد العربية.

وهذه النصوص تتفق مع الشريعة الإسلامية، بل أن الشريعة تملي مضمونها، ولذلك نرى أن يتضمنها قانون العقوبات الإسلامي في صدر نصوصه.

ونشير في هذا الصدد إلى أهمية استبعاد الرأي القائل بأن الشريعة الإسلامية تجيز رجعية النصوص الجنائية في حالة الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن العام والنظام العام: ذلك أن التشريع في مجال الجرائم التعزيرية، وهو من اختصاص المشرع الوضعي، قد يستغل فيه هذا الاستثناء لإهدار الحريات العامة، والبطش بخصوم سياسيين في نظم شمولية، وذلك بإصدار نصوص عقابية تسري بأثر رجعي على أفعال ارتكبت قبل صدورها وكانت غير معاقب عليها نسبت إلى خصوم النظام الشمولي. لذلك نرى في التحفظ على هذا الاستثناء سداً لمنفذ خطير قد تصدر من خلاله انتهاكات للحريات والحقوق الفردية لا تقرها الشريعة الغراء.

٣- رجعية النصوص الجنائية الأصلح للمتهم

٢٢٥- ماهية رجعية النصوص الجنائية الأصلح للمتهم:

يقرر هذا الاستثناء الوارد على قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية أن يطبق النص الأصلح للمتهم على الأفعال التي ارتكبت قبل صدوره، ويعني ذلك استبعاد النص الذي كان معمولاً به وقت ارتكابها واستفادة المتهم من النص الأصلح له. وتطبيقاً لهذا الاستثناء، فإنه إذا ارتكب شخص فعلاً معاقباً عليه وقت ارتكابه ثم صدر قانون يمحو صفته الإجرامية، أو يخفف العقاب المقرر له، طبق على المتهم القانون الجديد.

٢٢٦- علة رجعية النصوص الأصلح للمتهم:

علة رجعية النصوص الأصلح للمتهم أن إلغاء العقوبة من أجل فعل معين أو تخفيفها هو تقدير الشارع أن العقوبة التي كان يحددها النص الذي كان سارياً وقت ارتكاب الجريمة هي عقوبة شديدة، وعلى وجه التحديد أشد مما صارت تقتضيه مصلحة المجتمع، ويرجع ذلك – في مجال العقوبات الشرعية – إلى تطور ظروف المجتمع، أو ظهور وضع يتبين فيه أن العقوبة التي يقررها النص الساري وقت ارتكاب الجريمة لا تلائم هذا الوضع إذ هي أقسي مما تقتضيه ظروف ذلك الوضع.

٢٢٧- تطبيق رجعية النصوص الأصلح للمتهم في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم:

من أهم حالات تطبيق رجعية النصوص الأصلح للمتهم في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلغاء عقوبة جلد الزوج الذي يقذف زوجته وإحلال التلاعن محلها، وتفصيل ذلك أن آية القذف نصت على عقوبة القذف في صياغة عامة بحيث تطبق على كل قاذف لمحصنة ولو كان زوجها، فقد قال تعالى «وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلاَ تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُوْلَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ»[٢١٧] وجاء رجل بعد نزول هذه الآية إلى الرسول صلى الله عليه وسلم، وقال "إن الرجل يجد الرجل مع أهله، فإن قتله قتلتموه، وإن تكلم ضربتموه، وإن سكت سكت على غيظ، اللهم بين، فنزل قول الله سبحانه «وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاء إِلاَّ أَنفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِن كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ»[٢١٨] وقد طبقت آيات اللعان على ذلك الرجل على الرغم من أنها نزلت بعد أن عاين زوجته في الوضع الذي ذكره (على ما يبدو من شكواه)، فلم يطبق عليه حد القذف، فكان ذلك تطبيقاً لنص أصلح له على فعل سبق نزول هذا النص. وقد أشار الله تعالى

---

[٢١٧] سورة النور، الآية ٤.

[٢] سورة النور، الآيات ٦ – ٩.

[٣] سورة النور، الآية ١٠.

إلى هذا التخفيف في قوله بعد آيات اللعان «وَلَوْلاَ فَضْلُ اللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُ وَأَنَّ اللَّهَ تَوَّابٌ حَكِيمٌ».[٢١٩]

وقد طبقت النصوص الأخف وطأة على المكلف – في غير المجال الجنائي – على الوقائع السابقة على صدورها – وأبرز حالات هذا التطبيق واقعة الظهار، ومجملها أن السيدة خولة زوجة أوس بن الصامت شكت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن زوجها قد ظاهر منها، فقال لها الرسول "حرمت عليه"، فقالت "إلى الله أشكو فاقتي". فنزل قول الله تعالى «قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلاَّ اللاَّئِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَراً مِّنَ الْقَوْلِ وَزُوراً وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً ذَلِكَ لِتُؤْمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَتِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ»[٢٢٠]. وقد طبق الرسول صلى الله عليه وسلم هذه الآيات على واقعة الظهار، على الرغم من أن هذه الواقعة قد سبقت نزولها، فكان ذلك تطبيقاً لها بأثر رجعي.

٢٢٨– رجعية النصوص الجنائية الأصلح للمتهم في التشريعات الوضعية:

هذه الرجعية مطبقة في التشريعات الجنائية الوضعية الحديثة. وعلى سبيل المثال، فإن المادة الخامسة من قانون العقوبات المصري، بعد أن نصت على أن "يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها"، نصت على أنه "ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائياً قانون أصلح للمتهم فهو الذي يتبع دون غيره. وإذا صدر قانون بعد حكم نهائي يجعل الفعل الذي حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه يوقف تنفيذ هذا الحكم وتنتهي آثاره الجنائية".

ومجمل الأحكام التي تضمنها هذا النص أنه أقر رجعية القانون الجديد الأصلح للمتهم، واشترط لذلك شرطاً أساسياً، هو أن يصدر القانون الجديد قبل

---

[٢٢٠] سورة المجادلة، الآيات ١ – ٤.

أن يحكم على المتهم نهائياً، ثم تغاضى عن تطلب هذا الشرط في حالة ما إذا جعل القانون الجديد الفعل غير معاقب عليه.

وتطبيق هذا النص يقتضي أن يوضع معيار لتحديد متى يعد القانون الجديد أصلح للمتهم. وقد وضعت محكمة النقض المصرية هذا المعيار في قولها "إنه القانون الذي ينشئ للمتهم مركزاً أو وضعاً يكون أصلح له من القانون القديم" وهذا المعيار عام، ويقتضي تطبيقه بيان الضوابط التي تحدد تفصيل تطبيقه، ويتطلب هذا النص من أجل تطبيق القانون الجديد الأصلح للمتهم أن يصدر "قبل الحكم النهائي على المتهم". وعلة هذا الشرط هي وجوب احترام قوة الشيء المحكوم فيه، أي قوة الأمر المقضي، فإذا حاز الحكم هذه القوة فهو عنوان الحقيقة. ومن المتعين أن يستقر على نحو بات الوضع الذي قرره، فلا يجوز أن يمس به صدور قانون جديد.

ويتجاوز الشارع المصري عن هذا الشرط إذا كان القانون الأصلح للمتهم يجعل الفعل غير معاقب عليه، فيقرر استفادة المتهم من هذا الفعل، ولو صدر بعد الحكم النهائي. وهذا النص يتضمن المساس بقوة الشيء المحكوم فيه، على الرغم من أنه يضفي على هذه القوة أهمية كبيرة، ولا يسمح بإهدارها ولو ثبت على نحو قاطع أن الحكم الحائز لها معيب. وقد رجح الشارع المصري بهذا النص اعتبارات العدالة على قوة الشيء المحكوم فيه.

وقد أدخل الشارع المصري استثناء على رجعية القانون الأصلح للمتهم، ويختص هذا الاستثناء "بالقوانين المحددة الفترة"، فنصت الفترة الأخيرة من المادة الخامسة من قانون العقوبات على أنه "في حالة قيام إجراءات الدعوى أو صدور حكم بالإدانة وكان ذلك عن فعل وقع مخالفاً لقانون ينهى عن ارتكابه في فترة محددة، فإن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون السير في الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها". ويتضمن هذا النص خروجاً على فكرة رجعية النصوص الأصلح للمتهم: فالفرض أن الفعل قد ارتكب خلال فترة سريان القانون ثم انقضت هذه الفترة وعمل بالتشريع العادي الذي لا يجرم الفعل أو يعاقب عليه بعقوبة أقل، فكان الأصل أن يستفيد المتهم من التشريع العادي الأصلح له، ولكن الشارع يقرر استمرار خضوع الفعل للقانون المحدد الفترة الذي كان معمولاً به وقت ارتكابه. وعلة هذا الاستثناء أن القانون المحدد الفترة يصدر لمواجهة ظروف خاصة، وغالباً ما تكون استثنائية، فإذا انقضت هذه الظروف لم يعد

لذلك القانون ما يبرره، ولكن من كان قد ارتكب فعلاً خالف به ذلك القانون أثناء فترة العمل به قد اعتدى على المجتمع وهو يجتاز هذه الظروف، فهو لذلك يظل جديراً بالعقاب، ولو انقضت بعد فعله هذه الظروف وزال القانون الذي اقتضته.

٢٢٩- تطبيق القواعد الخاصة برجعية النصوص العقابية الأصلح للمتهم في تشريع عقابي إسلامي حديث:

نرى ملاءمة أن يتضمن التشريع العقابي الإسلامي الحديث - الذي يضعه الشارع الوضعي في المجال المصرح له فيه، وهو الجرائم التعزيرية - الاستثناء الخاص برجعية النصوص الجنائية الأصلح للمتهم. فهذا الاستثناء مرتبط بقاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية عامة، ويتكامل معها، ولا تتناقض علته مع العلة التي تقوم عليها قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية، ولما كانت الشريعة الإسلامية تقر قاعدة عدم الرجعية، فإن مقتضى ذلك إقرارها الاستثناء الخاص بالنصوص الأصلح للمتهم، باعتباره مكملاً لها. وبالإضافة إلى أن الحكم الذي يقرره هذا الاستثناء قد سبقت الشريعة الإسلامية إلى إقراره في واقعة قذف الزوج زوجته، إذ قرر الرسول صلى الله عليه وسلم استفادة قاذف زوجته من قاعدة التلاعن، على الرغم من سبق الواقعة على نزول آية التلاعن، وإعفاءه من عقوبة القذف، التي كانت مقررة وقت الواقعة.

وما قررته التشريعات الوضعية من شروط لتطبيق هذا الاستثناء، وبصفة خاصة سبق صدور النص الأصلح على الحكم النهائي في شأن الواقعة المسندة إلى المتهم، والتجاوز عن هذا الشرط إذا كان ذلك النص يجعل الفعل غير معاقب عليه، وتقرير قواعد خاصة في شأن القوانين المحددة الفترة، لا يناقض مبادئ الشريعة الإسلامية وروحها في شيء، ذلك أنها مجرد تنظيم لكيفية تطبيق هذا الاستثناء، وخاصة وضع الإطار الذي ينتظم فيه تطبيقه.

المطلب الثاني

سلطان النص الجنائي الشرعي من حيث المكان

٢٣٠- تمهيد:

يعني تحديد سلطان النص الجنائي الشرعي من حيث المكان تحديد الإقليم الذي يسري فيه هذا النص، فيطبق قانونه على الجرائم التي ترتكب فيه. وتحديد هذا الإقليم يتضمن بالضرورة القانون الواجب التطبيق على الجرائم التي ترتكب فيه، ذلك أن هذا الإقليم يتبع دولة معينة، ولهذه الدولة قانونها الذي تطبقه على ما يرتكب فيه من جرائم.

وتقتضي دراسة سلطان النص الجنائي الشرعي من حيث المكان عرض مجموعة من المبادئ الأساسية تضع أسس تحديد نطاق هذا السلطان، ويتعين بعد ذلك البحث في النظريات التي قال بها الفقهاء في هذا الموضوع، وترجيح إحداها، وفي النهاية يتعين البحث في تفصيل تطبيق هذه النظرية.

١- المبادئ الأساسية
في تحديد نطاق تطبيق النص الجنائي الشرعي من حيث المكان

٢٣١- تمهيد:

تتناول هذه المبادئ عالمية تطبيق الشريعة الإسلامية، وتقسيم الدول إلى مجموعات من حيث هذا التطبيق، وتقسيم الأشخاص من هذه الوجهة كذلك. ونعرض في النهاية للمبادئ التي تحدد – في الفقه الوضعي الحديث – نطاق تطبيق النص الجنائي من حيث المكان، كي نحدد خطة الفقه الشرعي من هذه المبادئ.

٢٣٢- عالمية تطبيق الشريعة الإسلامية:

إن المبدأ الأساسي الذي يحدد نطاق تطبيق الشريعة الإسلامية من حيث المكان والأشخاص هو "عالميتها"، فقد أنزلها الله تعالى لتطبق في بقاع الأرض كافة، وعلى الناس كافة تقديراً منه سبحانه أنها الشريعة الكاملة التي حوت من الأحكام ما يصلح به حال البشر في كل زمان وفي كل مكان؛ وأنها أكملت الشرائع السابقة، فأضافت إليها ما اقتضاه التطور الإنساني بعد نزول هذه الشرائع، فتكاملت معها، وصارت معها "وحدة تشريعية" تمثل النظام التشريعي

الذي ارتضاه سبحانه لبني البشر جميعاً. والدليل على عالمية تطبيق الشريعة الإسلامية هو قول الله تعالى مخاطباً رسوله الكريم: «وما أرسلناك إلا كافة للناس بشيراً ونذيراً»[٢٢١].

ولكن هذا المبدأ يعترضه – من الوجهة العملية – أن بقاع الأرض لا تخضع جميعاً لسيادة الدولة الإسلامية، وإنما يخضع بعضها لسيادة دول غير إسلامية. ولما كان التطبيق الفعلي للشريعة الإسلامية مقتضياً سلطة عامة تعمل على إنفاذ أحكام هذه الشريعة جبراً، وكانت السلطة التي تعمل على ذلك غير موجودة في الدول غير الإسلامية، كان مؤدى ذلك عدم تطبيق مبدأ عالمية الشريعة الإسلامية بالنسبة لهذه الدول.

وبناء على ذلك، فإن مبدأ عالمية الشريعة الإسلامية مبدأ صحيح في ذاته وهو أحد المبادئ الأساسية في الإسلام، ولكن تطبيقه تعترضه عقبات مادية لا تمس صحته في ذاته.

٢٣٣– تقسيم الدول في الفقه الإسلامي:

تنقسم الدول في الفقه الإسلامي إلى قسمين: قسم يسمى "دار الإسلام"، وقسم يسمى "دار الحرب".

ودار الإسلام هي كل بلد تظهر فيها أحكام الإسلام حقيقة أو يستطيع سكانها إظهار أحكام الإسلام: فالأولى ظهور أحكام الإسلام فيها واقع، والثانية ظهور أحكام الإسلام فيها احتمال غالب. وبناء على ذلك، فإنه يدخل في نطاق دار الإسلام: جميع الدول التي يدين جميع سكانها أو أغلبيتهم بالإسلام؛ كما يدخل فيه كل إقليم يحكمه المسلمون ولو كان جميع سكانه أو غالبيتهم من غير المسلمين، ويدخل فيه كذلك كل الإقليم الذي يحكمه غير المسلمين إذا كان يقيم فيه مسلمون يظهرون أحكام الإسلام أو يستطيعون إظهارها. ودار الإسلام قد تكون دولة إسلامية واحدة، كما كان الوضع إبان ولاية الخلفاء الراشدين والأمويين والعباسيين في صدر خلافتهم. وقد تكون دار الإسلام دولاً متعددة، كما آل إليه الوضع ابتداء من العصر العباسي الثاني، واستمر إلى العصر الحاضر.

---

(٢٢١) سورة سبأ، الآية ٢٨.

أما دار الحرب فتشمل ما عدا ذلك من بقاع الأرض، أي تشمل كل بلد سكانه من غير المسلمين أو يحكمه غير المسلمين ولو كان سكانه من مسلمين، طالما أنهم لا يستطيعون إظهار أحكام الإسلام.

ولا اعتراض على تعبير "دار الإسلام" وإن كان الأولى تجاوباً مع المصطلحات الدولية الحديثة، أن يستعمل تعبير الدول الإسلامية. أما تعبير "دار الحرب"، فالاعتراض عليه أنه يفترض قيام حالة حرب دائمة بين الدول الإسلامية وغيرها، أو على الأقل الاستعداد المستمر لشن هذه الحرب، وهو ما أصبح غير صحيح في العلاقات الدولية الحديثة. لذلك نرى تفضيل تعبير الدول غير الإسلامية.

وبناء على ذلك، نرى استناداً للضابط السابق القول بأن العالم ينقسم إلى قسمين: دول إسلامية، ودول غير إسلامية.

٢٣٤- تقسيم الناس في الفقه الإسلامي:

على الرغم من أن الشريعة الإسلامية السمحاء أقرت مبدأ المساواة شبه المطلقة بين البشر جميعاً "فالناس سواسية كأسنان المشط "لا فضل لعربي على أعجمي إلا بالتقوى". كما ورد في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم، إلا أن الشريعة لا تستطيع أن تغفل وجود فوارق بين البشر مردها إلى اختلاف في معتقدهم الديني يرتب اختلافاً في درجة انتمائهم إلى الدولة الإسلامية، وهو اختلاف له أهميته في تحديد مدى خضوعهم للتشريع الإسلامي. ومن هذه الوجهة ينقسم الناس إلى المجموعات التالية: مسلمون ، وذميون، ومستأمنون، وحربيون.

والمسلم هو من آمن برسالة الإسلام، ووضعه في الدولة الإسلامية أنه "معصوم النفس والمال". فعلى الحاكم الإسلامي أن يحترم عصمة رعاياه في أنفسهم وأموالهم، فلا يعتدي عليها، بل وأن يحميها من العدوان، وسند هذه العصمة هو قول رسول الله صلى الله عليه وسلم "أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله محمد رسول الله، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها".

والذمي هو غير المسلم الذي يقيم في الدولة الإسلامية إقامة دائمة. وهو كذلك معصوم النفس والمال كالمسلم تماماً، تطبيقاً لأصل "لهم مالنا، وعليهم ما

علينا"، ولقوله صلى الله عليه وسلم "من آذى ذمياً فقد آذاني" وسند العصمة عقد الذمة المفترض بالإقامة في الدولة الإسلامية. وعقد الذمة ينشئ للذميين الحق في البقاء على دينهم وممارسة شعائره بحرية تامة والحق في عصمة أنفسهم وأموالهم، في الداخل وفي الخارج، وفي مقابل ذلك يفرض عليهم الالتزام باحترام "النظام العام" الإسلامي.

والمستأمن هو غير المسلم الذي يقيم إقامة دائمة في دولة غير إسلامية، ويأتي إلى إقليم الدولة الإسلامية ليقيم فيه إقامة مؤقتة بسبب مشروع كتلقي العلم أو التجارة أو السياحة. والفرض في المستأمن أنه دخل إقليم الدولة الإسلامية بناء على موافقة سلطاتها في الشكل الذي تحدده. والمستأمن خلال فترة إقامته في الإقليم الإسلامي معصوم النفس والمال، كالمسلم والذمي. وسند عصمته عقد الأمان الذي دخل به إقليم الدولة الإسلامية.

والحربي هو من يقيم إقامة دائمة في دولة غير إسلامية، ولا صلة له بالدولة الإسلامية طالما كان مقيماً في إقليم لا يخضع لسيادتها. فإذا دخل في إقليم الدولة الإسلامية، والفرض أن ذلك كان بغير إذنها وإلا اعتبر مستأمناً، فلا تلتزم الدولة الإسلامية بحمايته، ولها أن تسائله على دخوله إقليمها بغير إذنها، وتوقع عليه العقوبة المقررة من أجل ذلك، ولها أن تبعده عن إقليمها. ونرى من الأجدر أن يستبدل بتعبير "الحربي" تعبير "الأجنبي"، ذلك أنه لا ينتمي حتماً إلى دولة تقوم حالة حرب فعلية أو محتملة بينها وبين الدولة الإسلامية، وبالإضافة إلى ذلك، فقد استقرت في القانون الدولي الحديث قواعد تقرر حماية رعايا الأجانب ولو كانوا من الأعداء الذين تقوم بينهم وبين الدولة الإسلامية حالة حرب فعلية، وهذه القواعد لا تناقض قواعد الشريعة الإسلامية، بل أنها تتفق معها في تقريرها المساواة بين بني البشر جميعاً، وكفالة حرمة الدم والمال لجميع الناس، ولو كانوا من رعايا دولة معادية.

٢- النظريات الفقهية في تحديد السلطان المكاني للنص الجنائي الشرعي

٢٣٥- تمهيد:

سادت في الفقه الإسلامي آراء متعددة في تحديد السلطان المكاني للنص الجنائي الشرعي، ويمكن تصنيفها بردها إلى نظريات ثلاث: نظرية الإمام أبي حنيفة، ونظرية الإمام أبي يوسف، ونظرية الأئمة مالك والشافعي وأحمد.

ونفصل هذه النظريات فيما يلي:

٢٣٦- نظرية الإمام أبي حنيفة:

يقتضي عرض نظرية الإمام أبي حنيفة التمييز بين الجرائم التي ترتكب في إقليم الدولة الإسلامية والجرائم التي ترتكب في خارج هذا الإقليم:

فإذا ارتكبت الجريمة في إقليم الدولة الإسلامية تعينت التفرقة بين الجرائم التي يرتكبها في هذا الإقليم مسلم أو ذمي من ناحية وبين الجرائم التي يرتكبها مستأمن من ناحية أخرى. فإذا ارتكب هذه الجريمة مسلم أو ذمي خضعت للشريعة الإسلامية أياً كان نوعها، حداً أو قصاصاً أو دية، ماسة بحق الله تعالى أو بحق للعباد. ويطبق الإمام أبو حنيفة من هذه الوجهة مبدأ "إقليمية النص الجنائي".

أما إذا ارتكب الجريمة مستأمن، فيرى الإمام أبو حنيفة تطبيق الشريعة الإسلامية على الجريمة إذا كانت تمس حق العباد، أما إذا كانت تمس حق الله تعالى فلا تطبق الشريعة الإسلامية عليها، وحجته في هذا الإعفاء أن المستأمن قد دخل إقليم الدولة لحاجة يبتغي تحقيقها، فتطبق على جريمته أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتصل بحقوق العباد، باعتبار أن تحقيق حاجته قد يؤدي به إلى المساس بهذه الحقوق. أما الجرائم التي تمس حقاً لله تعالى فتفترض انتماء إلى الدولة الإسلامية، والتزاماً بأحكام الشريعة الإسلامية، وهو ما لا يتوافر له، ومن ثم لا يعاقب عليها. وتطبيقاً لهذه التفرقة، فإن المستأمن تطبق عليه عقوبات القصاص والقذف، ولكن لا تطبق عليه عقوبات الزنى والسرقة. ويقرر الإمام أبو حنيفة بالنسبة لجرائم المستأمن استثناء على "مبدأ الإقليمية".

أما الجرائم التي ترتكب خارج حدود إقليم الدولة الإسلامية، فلا تطبق عليها الشريعة الإسلامية، ولو كان مرتكبها مسلماً أو ذمياً يقيم عادة في الإقليم الإسلامي، وغادره مؤقتاً إلى إقليم أجنبي حيث ارتكب جريمته وعاد بعد ذلك إلى الإقليم الإسلامي. وحجة الإمام أبي حنيفة أن سريان أحكام الشريعة يفترض واجب الإمام في إنفاذ هذه الأحكام وإنزال ما تقضي به من عقوبات، وهذا الواجب منوط بالقدرة، ولما كان الإمام غير قادر على ذلك لعدم خضوع إقليم الجريمة

لسيادة الدولة الإسلامية، فإنه لا واجب عليه في توقيع العقوبة. والوقت الذي يتعين البحث فيه عن توافر هذه القدرة هو وقت ارتكاب الجريمة، وليس الوقت الذي يراد إنزال العقوبة فيه. وذلك تعليل عدم توقيع العقوبة على من ارتكب جريمته خارج الإقليم الإسلامي، ثم عاد بعد ذلك إلى هذا الإقليم. ويقرر الإمام أبو حنيفة بذلك تطبيقاً سلبياً لمبدأ الإقليمية، إذ يبني عليه عدم تطبيق الشريعة الإسلامية على ما يرتكب من جرائم خارج حدود الدولة الإسلامية. ولو كان مرتكبها من رعاياها وعاد إلى إقليمها بعد جريمته. ويرفض الإمام أبو حنيفة من هذه الوجهة تطبيق مبدأ "شخصية النص الجنائي" الذي يقرر ملاحقة القانون الوطني لرعايا الدولة في شأن جرائمهم خارج حدود إقليمها.

٢٣٧- نقد نظرية الإمام أبي حنيفة:

أصابت نظرية الإمام أبي حنيفة في تطبيقها، بصفة أصلية، مبدأ إقليمية النص الجنائي، وتقريرها بناء على ذلك خضوع جميع الجرائم التي ترتكب في إقليم الدولة الإسلامية للشريعة الإسلامية، وتقريرها المساواة بين المسلمين والذميين من هذه الوجهة باعتبارهم يشتركون في المواطنة والانتماء للدولة الإسلامية.

ولكن يرد على هذه النظرية تحفظ من حيث تقريرها عدم تطبيق الشريعة الإسلامية على جرائم المستأمنين التي تمس حقاً لله تعالى أو يغلب عليها المساس بحقه سبحانه: ذلك أنهم طالما يقيمون في إقليم الدولة الإسلامية، ويستظلون بما تكفله لهم من أمن وتوفره لهم من خدمات، فإنه يتعين خضوعهم لقانون هذه الدولة، فإذا أخلوا به وانتهكوا حرماته تعين أن يلقوا جزاء ذلك، خاصة وأن بعض ما قد يصدر عنهم من جرائم قد يمس حقوق الأفراد الذين يتعاملون معهم إلى جانب مساسها بحق الله تعالى. ويعيب هذه النظرية كذلك أنها - مع تقريرها إعفاء المستأمن من الجرائم الماسة بحق الله تعالى أو التي يكون حقه في ذلك غالباً - تقرر خضوعهم للجرائم التي تقتصر على المساس بحقوق العباد، على الرغم من أن الجرائم الأولى يغلب أن تكون أكثر خطورة من الثانية.

وهذه النظرية - التي سندها عند الإمام أبي حنيفة التسامح والكرم - أسيء استغلالها من قبل المستأمنين، إذ كانت أساساً لما منحه الخلفاء العثمانيون من امتيازات لرعايا بعض الدول، وقد اعتبروا ذلك تطبيقاً لنظرية الإمام. وقد

عانى العالم الإسلامي على مدى زمن طويل من الاستغلال والافتئات على حقوق المواطنين الذي مارسه هؤلاء الأجانب.

ويرد على هذه النظرية كذلك تحفظ ثان، من حيث إنكارها مبدأ شخصية النص الجنائي، على الرغم من أن جرائم رعايا الدولة في الخارج تسيء إلى سمعتها، ومن أن مرتكب الجريمة في الخارج هو مصدر خطورة على المواطنين إذا عاد إلى الإقليم الإسلامي وترك دون جزاء يردعه. وما اعتمدته هذه النظرية من ضابط "قدرة الإمام على توقيع العقوبة وقت ارتكاب الجريمة" هو ضابط لا يصمد للنقد، فسنده اعتبار نظري بحت، يغفل اعتبارات الردع.

٢٣٨- نظرية الإمام أبي يوسف:

تقر هــذه النظــرية مبدأ إقليمية النص الجنائي كما أقرته نظرية الإمام أبي حنيفة، ولكنها تعطيها نطاقاً أوسع، فتقرر تطبيقها على الجرائم التي يرتكبها في الإقليم الإسلامي مسلم أو ذمي أو مستأمن. ووجه الخلاف بين النظريتين هو تقرير الثانية – دون الأولى – سريان النص على جرائم المستأمن. وحجتها في ذلك ارتباطه بالسلطات الإسلامية بعقد الأمان الذي يسبغ عليه حمايتها خلال فترة إقامته، ويفرض عليه احترام أحكام الإسلام، وعقابه إذا أخل بها. وبالإضافة إلى ذلك، فإن وضعه كالذمي، ولا فرق بينهما عدا أن إقامته مؤقتة في حين أن إقامة الذمي دائمة، وهو فرق لا تأثير له على سريان النص الجنائي على جرائم كل منهما.

وتتفق هذه النظرية مع نظرية الإمام أبي حنيفة في تقريرها عدم سريان النص الجنائي الشرعي على الجرائم التي ترتكب خارج حدود الإقليم الإسلامي، ولو كان مرتكبها من رعايا الدولة الإسلامية، مسلماً أو ذمياً.

٢٣٩- نقد نظرية الإمام أبي يوسف:

لهذه النظرية فضل تفادي ما كان يشوب نظرية الإمام أبي حنيفة في تقريرها عدم سريان النص الجنائي الشرعي على جرائم المستأمن التي يرتكبها في الإقليم الإسلامي.

ولكن هذه النظرية ما تزال موضعاً للنقد من حيث استبعادها تطبيق النص الجنائي الشرعي على الجرائم التي يرتكبها رعايا الدولة الإسلامية خارج حدود إقليمها، على الرغم من الاعتبارات التي ترجح ذلك، وقد سلفت الإشارة إليها.

٢٤٠- نظرية الأئمة مالك والشافعي وأحمد:

تقرر هذه النظرية تطبيق النص الجنائي الشرعي على جميع الجرائم التي ترتكب في إقليم الدولة الإسلامية، سواء كان مرتكبها مسلماً أو كان ذمياً أو مستأمناً، وتتفق هذه النظرية بذلك مع نظرية الإمام أبي يوسف في اعترافها بسلطان مطلق لمبدأ إقليمية النص الجنائي، وما يترتب عليه من سريانه على جميع الجرائم التي ترتكب في إقليم الدولة دون إيراد استثناء على هذا المبدأ. وتستخلص هذه النظرية من ذلك أنه إذا ارتكب المستأمن جريمته في إقليم الدولة الإسلامية، فقد استحقت عقوبته، ولا تسقط عنه إذا غادر ذلك الإقليم إلى دولة أخرى، ويمكن محاكمته وتنفيذ العقوبة فيه، عند القدرة عليه، بعودته إلى الإقليم الإسلامي.

وتقرر هذه النظرية بالنسبة للجرائم التي ترتكب خارج الإقليم الإسلامي تفرقة بين الجرائم التي يرتكبها مسلم أو ذمي والجرائم التي يرتكبها مستأمن، فيسري النص الجنائي الشرعي على جرائم المسلم والذمي ولا يسري على جرائم المستأمن، ذلك أن المسلم والذمي من رعايا الدولة فكان لها أن تلاحقهما في خارج إقليمها، أما المستأمن، فلا سند لتطبيق النص الشرعي عليه، فلا تربطه بالدولة الإسلامية صلة الرعوية، ولم تمس جريمته بأمنها وسيادتها على إقليمها. ويسري النص الجنائي على جرائم المسلم والذمي في خارج الإقليم الإسلامي، ولو كان فعله مباحاً وفقاً لقانون الإقليم الذي ارتكب فيه، طالما أن الشريعة الإسلامية تجرمه. ومثال ذلك الربا وشرب الخمر، إذا أباحهما قانون محل الجريمة. وفي مقابل ذلك، فإنه لا عقاب على الفعل الذي يرتكبه المسلم أو الذمي في الخارج إذا كان مجرماً وفقاً لقانون محل ارتكابه، ولكن كانت الشريعة الإسلامية تبيحه، فالفرض أنه يعاقب وفقاً لأحكامها، فإذا كانت لا تجرمه، فلا يتصور العقاب من أجله، ومثال ذلك تعدد الزوجات في الحدود التي تبيحه فيها الشريعة الإسلامية.

وتقرر هذه النظرية أنه إذا غادر الذمي الإقليم الإسلامي بقصد عدم العودة إليه وارتكب جريمته في الإقليم الأجنبي، ثم عاد إلى الإقليم الإسلامي فلا يعاقب على جريمته: ذلك أنه بمغادرته ذلك الإقليم، فقد قطع صلته بالدولة الإسلامية، فهو ليس من رعاياها، إذ هو غير مسلم، وهو كذلك غير ذمي لانقطاع إقامته في الإقليم الإسلامي.

وفي مقابل ذلك فإن المسلم إذا غادر الإقليم الإسلامي بنية عدم العودة إليه، وارتكب جريمته في الإقليم الأجنبي ثم عاد إلى الإقليم الإسلامي، استحق عقوبة فعله، إذ صلته بالدولة الإسلامية ما تزال باقية، باعتباره مسلماً، وهو بهذه الصفة يلتزم بأحكام الإسلام، أياً كان محل إقامته، ومحل جريمته.

ويتصل بذلك أنه إذا ارتد مسلم وغادر الإقليم الإسلامي بنية عدم العودة إليه. وارتكب جريمته في الإقليم الأجنبي، ثم عاد إلى الإقليم الإسلامي، وعاد كذلك إلى الإسلام، فلا عقاب عليه، ذلك أنه وقت جريمته لم تكن تربطه بالدولة الإسلامية صلة، فهو في ذلك الوقت غير مسلم، وجريمته وقعت في غير الإقليم الإسلامي، ولا عبرة بأنه في لحظة لاحقة عادت صلته بالدولة الإسلامية، إذ أن وقت ارتكاب الجريمة هو الذي يحدد ضابط الخضوع للنص الجنائي الشرعي.

٢٤١- الترجيح بين النظريات السابقة:

نرى عند المقارنة بين النظريات الثلاث التي تناولت تحديد سلطان النص الجنائي الشرعي من حيث المكان أن نظرية الأئمة مالك والشافعي وأحمد هي الجديرة بالترجيح، ذلك أنها أعطت النص الجنائي الشرعي نطاق تطبيق واسع، يتفق في ذات الوقت مع المنطق، ومع الاعتبارات التي يبنى عليها تحديد نطاق تطبيق النص الجنائي من حيث المكان.

فقد أقرت هذه النظرية التطبيق الشامل للنص الجنائي على جميع الجرائم التي ترتكب في إقليم الدولة الإسلامية، دون اعتبار لصفة الجاني، فيستوي أن يكون مسلماً أو ذمياً أو مستأمناً.

وقررت تطبيق "مبدأ شخصية النص الجنائي الشرعي" على الجرائم التي يرتكبها في خارج الإقليم الإسلامي رعايا الدولة، وهم المسلمون والذميون. ووفقاً لذات المبدأ فقد استبعدت تطبيق ذلك النص على جرائم المستأمنين خارج الإقليم الإسلامي. ووضعت شرطاً منطقياً لسريان النص الجنائي الشرعي على

الجرائم التي ترتكب في الخارج، هو أن يكون معاقباً عليها وفقاً للشريعة الإسلامية، ولا عبرة بما إذا كان معاقباً عليها وفقاً لقانون محل ارتكابها. وجعلت العبرة في استظهار ضابط تطبيق النص الشرعي هو بوقت ارتكاب الجريمة، دون أي وقت سواه.

٣- المبادئ التي يقررها الفقه الوضعي الحديث وموقف الفقه الإسلامي منها

٢٤٢- بيان المبادئ التي يقررها الفقه الوضعي الحديث في تحديد سلطان النص الجنائي من حيث المكان:

هذه المبادئ أربعة: مبدأ إقليمية النص الجنائي، ومبدأ شخصية النص الجنائي، ومبدأ عينية النص الجنائي، ومبدأ عالمية النص الجنائي.

ونفصل فيما يلي كل مبدأ منها:

٢٤٣- مبدأ إقليمية النص الجنائي:

يعني مبدأ إقليمية النص الجنائي أن يطبق على كل جريمة ترتكب في الإقليم الخاضع لسيادة الدولة أياً كانت جنسية مرتكبها. ومؤدى هذا المبدأ أن حدود تطبيق النص الجنائي تتفق وحدود الإقليم الخاضع لسيادة الدولة.

وسند هذا المبدأ هو سيادة الدولة على إقليمها، ذلك أن تطبيق القانون الجنائي هو مظهر لسيادة الدولة على إقليمها: فإذا كانت السيادة إقليمية، وكان القانون الجنائي مرتبطاً بهذه السيادة، استتبع ذلك القول بإقليمية القانون الجنائي.

ويقتضي تطبيق مبدأ إقليمية النص الجنائي تحديد إقليم الدولة، ثم تفصيل القواعد التي تحدد مكان ارتكاب الجريمة، والتحقق من دخول هذا المكان في نطاق الإقليم.

وتتبنى التشريعات الوضعية في الدول الإسلامية مبدأ إقليمية النص الجنائي: فالمادة الأولى من قانون العقوبات المصري تنص على أن "تسري أحكام هذا القانون على كل من يرتكب في القطر المصري جريمة من الجرائم

المنصوص عليها فيه"، وتضيف الفقرة الأولى من المادة الثانية أن: "تسري أحكام هذا القانون أيضاً على كل من ارتكب في خارج القطر فعلاً يجعله فاعلاً أو شريكاً في جريمة وقعت كلها أو بعضها في القطر المصري".

٢٤٤- مبدأ شخصية النص الجنائي:

يعني مبدأ شخصية النص الجنائي أن يطبق على كل جريمة يرتكبها شخص يحمل جنسية الدولة أياً كان الإقليم الذي ارتكبها فيه.

وسند هذا المبدأ أنه الوسيلة إلى تجنب فرار الجاني من العقاب إذا ارتكب جريمته خارج إقليم الدولة التي يحمل جنسيتها ثم عاد بعد جريمته إلى هذا الإقليم. وبيان ذلك أن دولته لا تستطيع – طبقاً لمبدأ الإقليمية – أن تعاقبه لأنه لم يرتكب جريمته في إقليمها. وهي لا تستطيع تسليمه إلى الدولة التي ارتكب الجريمة في إقليمها، لأن تسليم الرعايا – طبقاً لقواعد مستقرة في أغلب الدول – محظور. وفي النهاية، لا تستطيع الدولة التي ارتكب الجريمة فيها أن تنفذ فيه عقاباً، إذ قد غادر إقليمها ولن يعود إليه في الغالب. وبذلك تكون الوسيلة إلى تجنب فراره من العقاب أن تتولى الدولة التي يحمل جنسيتها معاقبته. ويتيح مبدأ شخصية النص الجنائي لدولة الجاني التي يوجد في إقليمها أن تردعه، بتوقيع العقاب عليه، فتتقي خطره إن ترك دون عقاب.

وتطبق التشريعات الوضعية الحديثة في الدول الإسلامية مبدأ شخصية النص الجنائي، وتضع لتطبيقه الشروط التي تكفل له التطبيق الصحيح. وقد نصت على تطبيق هذا المبدأ المادة الثالثة من قانون العقوبات المصري، في قولها "كل مصري ارتكب وهو في خارج القطر فعلاً يعتبر جناية أو جنحة يعاقب بمقتضى أحكامه إذا عاد إلى القطر وكان الفعل معاقباً عليه بمقتضى قانون البلد الذي ارتكبه فيه". والشروط التي وضعها هذا النص لتطبيق القانون المصري على الجرائم التي يرتكبها مصريون في الخارج هي: أن يكون الفعل جناية أو جنحة، وأن يكون معاقباً عليه طبقاً لقانون الإقليم الذي ارتكبه فيه، وأن يعود إلى مصر. وقد استهدف القانون بهذه الشروط حصر نطاق تطبيق القانون الوطني على الجرائم التي ترتكب في إقليم دولة أجنبية في الحالات التي تمثل فيها هذه الجرائم خطورة خاصة تستأهل بها الخروج على مبدأ إقليمية النص الجنائي، ويتمثل ذلك في اشتراط أن تكون جناية أو جنحة، وتمثل فيها أيضاً

خطورة على أمن الدولة، ويتمثل ذلك في اشتراط عودة الجاني إلى الإقليم الوطني بعد ارتكابه جريمة. أما اشتراط أن يكون الفعل معاقباً عليه وفقاً لقانون الإقليم الذي ارتكب فيه، فعلته الحرص على ألا تقيد حرية المواطن في الخارج بما لا تتقيد به حرية من يقيمون في الإقليم الذي ارتكب فيه جريمته.

٢٤٥- مبدأ عينية النص الجنائي:

يعني مبدأ عينية النص الجنائي تطبيقه على كل جريمة تمس مصلحة أساسية للدولة، وذلك أياً كان مكان ارتكابها، وأياً كانت جنسية مرتكبها، وسواء جاء إلى إقليم الدولة بعد ارتكابه جريمته أم بقي في خارجه.

وعلة مبدأ عينية النص الجنائي هي حرص الدولة على حماية مصالحها الأساسية، وما يقتضيه ذلك من تقرير اختصاصها بالعقاب على الجرائم التي تمس هذه المصالح، خاصة وأنها لا تثق في اهتمام الدول الأخرى بعقاب مرتكبي هذه الجرائم.

وتقرر التشريعات الوضعية الحديثة في الدول الإسلامية تطبيق هذا المبدأ: فتقرر المادة الثانية من قانون العقوبات المصري سريان أحكامه على "كل من ارتكب في خارج القطر جريمة من الجرائم الآتية: (أ) جناية مخلة بأمن الحكومة مما نص عليه في البابين الأول والثاني من الكتاب الثاني من هذا القانون. (ب) جناية تزوير مما نص عليه في المادة ٢٠٦ من هذا القانون. (ج) جناية تقليد أو تزييف أو تزوير عملة ورقية أو معدنية مما نص عليه في المادة ٢٠٢ أو جناية إدخال تلك العملة الورقية أو المعدنية المقلدة أو المزيفة أو المزورة إلى مصر أو إخراجها منها أو ترويجها أو حيازتها بقصد الترويج أو التعامل بها مما نص عليه في المادة ٢٠٣ بشرط أن تكون العملة متداولة قانوناً في مصر". وقد تضمن هذا النص حصر فئات الجرائم التي يطبق عليها القانون الوطني، ولو ارتكبت خارج إقليم الدولة، مستهدفاً بذلك تحديد الجرائم التي تظل لها خطورتها, ولو وقعت في الخارج.

٢٤٦- مبدأ عالمية النص الجنائي:

يعني مبدأ عالمية النص الجنائي تطبيقه على كل جريمة يقبض على مرتكبها في الإقليم الوطني، وذلك أياً كان مكان ارتكابها، وأياً كانت جنسية

مرتكبها. والضابط في تطبيق النص الجنائي وفقاً لهذا المبدأ هو مكان القبض على مرتكب الجريمة، وكونه الإقليم الوطني. ويقتصر تطبيق هذا المبدأ على مجموعة محدودة من الجرائم تهم المجتمع الدولي كله، بحيث يعد مرتكبها معتدياً على مصلحة مشتركة لكل الدول، ومن بينها الدولة التي قبض على الجاني في إقليمها. وأهم أمثلة لهذه الجرائم: جرائم القرصنة، والاتجار في المخدرات، وتزييف النقود، والدعارة، والاتجار في المطبوعات المخلة بالحياء.

ويحدد كل قانون على سبيل الحصر الجرائم التي يطبق عليها وفقاً "لمبدأ عالمية النص الجنائي".

٢٤٧- القيد الذي تورده التشريعات الوضعية على محاكمة شخص عن جريمة ارتكبها خارج إقليم الدولة:

تقرر التشريعات الوضعية بعض القيود على محاكمة مرتكبي الجرائم التي ترتكب في خارج الإقليم الوطني. وأهم هذه القيود عدم جواز محاكمة مرتكب جريمة في الخارج إذا كان قد حوكم أمام محكمة أجنبية قضت نهائياً ببراءته، أو قضت عليه نهائياً بعقوبة نفذت عليه كاملة في الخارج. وعلة هذا القيد اعتبارات العدالة التي تتطلب "ألا يعاقب شخص من أجل فعل واحد مرتين أو أكثر"، ويتفرع عنه "مبدأ ألا يحاكم شخص من أجل فعل واحد مرتين أو أكثر". ويعلل هذا القيد كذلك بأن لكل حكم قضائي، ولو كان صادراً عن محكمة أجنبية "قوة الشيء المحكوم فيه"، أي "قوة الأمر المقضي" التي يتعين على القانون الوطني احترامها، تأكيداً للتعاون القضائي الدولي.

وقد تضيف بعض التشريعات إلى هذا القيد قيداً ثانياً مضمونه حصر سلطة تحريك الدعوى الجنائية ضد مرتكب جريمة في الخارج في النيابة العامة، بحيث لا يجوز للمضرور من الجريمة إقامة هذه الدعوى مباشرة. وعلة هذا القيد دقة ما تثيره إقامة الدعوى الجنائية عن جرائم وقعت خارج إقليم الدولة من اعتبارات قد تصيب في تقديرها المضرور من الجريمة.

وقد نص القانون المصري على القيدين السابقين، فالمادة الرابعة من قانون العقوبات نصت على أنه "لا تقام الدعوى الجنائية على مرتكب جريمة أو فعل في الخارج إلا من النيابة العمومية. ولا يجوز إقامتها على من يثبت أن المحاكم الأجنبية برأته مما أسند إليه أو أنها حكمت عليه نهائياً واستوفى عقوبته".

٢٤٨- موقف الفقه الجنائي الإسلامي من النظريات التي تسود في الفقه الوضعي الحديث:

تقرر نظرية الأئمة مالك والشافعي وأحمد تطبيق "مبدأ إقليمية النص الجنائي" في ذات النطاق الذي تقرره لها التشريعات الجنائية الوضعية الحديثة والفقه الحديث، فترى هذه النظرية تطبيق التشريع الجنائي الإسلامي على جميع الجرائم التي ترتكب في الإقليم الإسلامي أياً كانت ديانته، ودون اعتبار لما إذا كان يقيم في هذا الإقليم إقامة دائمة أو إقامة عارضة، أي سواء كان مسلماً أو ذمياً أو مستأمناً.

وتقرر هذه النظرية كذلك تطبيق "مبدأ شخصية النص الجنائي"، فتذهب إلى تطبيق الشريعة الإسلامية على الجرائم التي يرتكبها خارج الإقليم الإسلامي مسلم أو ذمي يقيم إقامة دائمة في إقليم الدولة، إذ يعتبر كل منهما من رعايا الدولة، فيكون لها أن تلاحقه إذا ارتكب جريمته خارج إقليمها، حماية لسمعتها، وحفاظاً على أمنها إذا عاد إليها بعد جريمته. ونرى، وقد تعددت الدول الإسلامية في الوقت الحاضر، أن يقتصر حق دولة إسلامية معينة على تطبيق قانونها على المقيمين في إقليمها، فلا تطبقه على مسلم أو ذمي يقيم في إقليم دولة إسلامية أخرى، وعلة هذا القيد تفادي تنازع تشريعات دول إسلامية.

وقد اشترطت هذه النظرية أن يكون فعل المسلم في الخارج مجرماً وفقاً للشريعة الإسلامية، لأنه إذا عوقب في دولته، فإنما يكون ذلك بناء على هذه الشريعة. وباء على ذلك، فلا عبرة بكونه مباحاً وفقاً لقانون الإقليم الذي ارتكبه فيه لأن ولاءه لدولته يستتبع ولاءه لشريعتها. ويستتبع ذلك أنه إذا كان الفعل مجرماً وفقاً لقانون الإقليم الذي ارتكب فيه، ولكنه مباح وفقاً للشريعة الإسلامية فلا عقاب يوقع من أجله، إذ لا يجوز حرمان مسلم (أو ذمي) من حق له لمجرد إقامته على وجه عارض خارج الإقليم الإسلامي.

ولم يشترط الفقه الإسلامي لتطبيق الشريعة الإسلامية على جريمة وقعت خارج إقليم الدولة أن يعود الجاني بعد جريمته إلى هذا الإقليم، وهو شرط تتطلبه التشريعات الوضعية الحديثة. وفي هذه الحالة يحاكم مرتكب الجريمة خارج الإقليم، في حالة عدم عودته، غيابياً، وتنفذ العقوبة فيه عند القدرة عليه، بعودته. ووجهة نظر الفقه الإسلامي لها ما يبررها، ولذلك نرى تأييدها، إذ على

الرغم من عدم عودة الجاني إلى الإقليم الإسلامي، فقد أساء إلى سمعة دولته، وقد يكون مثلاً سيئاً لمواطنين يقيمون في إقليم الدولة، إذا علموا بأمر جريمته، وأنه جنى ثمرتها ولم يلق جزاءها.

ولم يتطرق الفقه الإسلامي إلى تطبيق نظريتي "عينية النص الجنائي"، و"عالمية النص الجنائي"، ونرى أنه لا تعارض بينهما وبين المبادئ الأساسية في الشريعة الإسلامية، خاصة وأنه لا ينتقص من سلطان تطبيقها، بل على العكس أنه يزيد منه. وعلى الشارع الوضعي الإسلامي أن يحدد الجرائم التي يقدر خطورتها على المجتمع الإسلامي، على الرغم من ارتكابها خارج الإقليم الإسلامي، ممن لا يقيم فيه إقامة دائمة، ويقرر سريان أحكام الشريعة الإسلامية عليها.

ويجوز أن يقر الشارع الوضعي الإسلامي "مبدأ عالمية النص الجنائي الشرعي" على مرتكب جريمة في خارج الإقليم الإسلامي إذا وجد في هذا الإقليم بعد ارتكابه جريمته، وكانت جريمته تمس مصلحة مشتركة للمجتمع الإنساني، كجرائم القرصنة، والاتجار في المخدرات، والدعارة، وتزييف العملة، وترويج المطبوعات المخلة بالحياء. ويعتبر إقرار هذا المبدأ صورة من التعاون الدولي في مكافحة الإجرام، وهو ما لا يتعارض مع المبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية، بل إنها لتحض عليه.

المطلب الثالث

سلطان النص الجنائي الشرعي من حيث الأشخاص

٢٤٩- مبدأ المساواة المطلقة بين الناس من حيث الخضوع للنص الجنائي الشرعي:

تقرر الشريعة الإسلامية مبدأ المساواة المطلقة بين الناس من حيث الحقوق والواجبات التي تقررها لهم، ومن حيث المسئولية التي يخضعون لها إذا صدر عنهم ما يستوجب المساءلة: فالجميع سواسية من حيث المراكز الشرعية لهم، فلا تقرر الشريعة الغراء تفرقة بين البشر من حيث الجنس أو اللون أو اللغة أو الدين أو الوضع الاجتماعي. وتعتبر هذه المساواة من أولويات الشريعة وتمثل روحها، وتكشف عن وجه مضيء لتقدمها ورفعتها منذ يوم أن نزلت من لدن الحكيم العليم، ولا يقبل مبدأ المساواة جدالاً من حيث وجوده أو نطاقه. وقد سبقت الشريعة

الإسلامية إلى تقرير هذا المبدأ التشريعات الوضعية الحديثة التي لم تقر هذا المبدأ إلا في وقت متأخر يمكن أن نرجعه على وجه تقريبي إلى الثورة الفرنسية في نهاية القرن الثامن عشر الميلادي، أي القرن الثاني عشر الهجري.

وقد حرصت دساتير الدول الإسلامية الحديثة على إقرار مبدأ المساواة بين الناس أمام القانون. وعلى سبيل المثال، فإن المادة ٤٠ من الدستور المصري ورد فيها ما يلي: "المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة".

ولا يخل بمبدأ المساواة في الشريعة الإسلامية بعض الفروق التي قررتها بين مجموعات من الأشخاص اقتضتها أوجه اختلاف فرضتها اعتبارات طبيعية أو اجتماعية تستوجب تقرير هذه الفروق، فالاختلاف بين الرجل والمرأة، أو بين الصغير والبالغ، أو بين الحر والرقيق (في وقت وجد فيه الرقيق كحقيقة اجتماعية، وقد عمل الإسلام على الحد منه بأساليب مختلفة، وتقرير معاملة إنسانية للرقيق) وهذه الفروق تؤكد وجود مبدأ المساواة كقاعدة عامة.

ونرى أن يترتب على اعتبار مبدأ المساواة أصلاً في الإسلام، أن الفروق التي تحد منه يجب أن تفسر تفسيراً ضيقاً، وإذا اقتضى التطور الاجتماعي المزيد من التضييق منها أو إلغاء بعضها، كإلغاء الرق، فلا عقبة تحول دون ذلك، بشرط ألا يناقض ذلك مبدأ أساسياً في الشريعة الإسلامية.

ويهمنا في هذا الموضع أن نستخلص من مبدأ المساواة أن الشريعة الإسلامية تطبق من حيث الأشخاص على كل من يوجدون في موضع تطبق فيه أو تحت طائلة حكم قررته، وعلى سبيل المثال فإنه إذا أعمل مبدأ الإقليمية تعين أن تطبق الشريعة الإسلامية على كل من يرتكب جريمة في إقليم الدولة الإسلامية أياً كان جنسه أو دينه أو وضعه الاجتماعي، وكذلك الحال أيضاً بالنسبة لمن يخضعون لحكم الشريعة الإسلامية وفقاً لمبدأ شخصية النص الجنائي الشرعي أو عينيته أو عالميته.

٢٥٠- النصوص الشرعية التي قررت مبدأ المساواة:

أهم هذه النصوص هي قول الله تعالى «يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوباً وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ».[٢٢٢] ويفهم من هذه الآية الكريمة أن مناط الكرم عند الله سبحانه وتعالى، وهو صورة المفاضلة بينهم هو "التقوى" وأنه لا وجود لمناط سواه.

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم في تقرير مبدأ المساواة "الناس سواسية كأسنان المشط، لا فضل لعربي على عجمي إلا بالتقوى"، وقال كذلك "إن الله قد أذهب بالإسلام نخوة الجاهلية وتفاخرهم بآبائهم، لأن الناس من آدم، وآدم من تراب، وأكرمهم عند الله أتقاهم". وقال أيضاً "إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق الشريف تركوه وإذا سرق الضعيف فيهم أقاموا عليه الحد، فوالذي نفس محمد بيده لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها". وقال كذلك "يا معشر قريش لا يأتيني الفاسق بالأعمال وتأتوني بالأنساب". ومؤدى هذا الحديث الشريف أنه لا عبرة في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بانتماء الشخص إلى عرق أو نسب معين.

٢٥١- مبدأ المساواة في السنة الفعلية:

طبق رسول الله صلى الله عليه وسلم مبدأ المساواة بين الناس في قضائه، وأعلن أنه يطبقه على نفسه. ففي قضية المخزومية التي سرقت، أهم قريشاً أن تقطع يدها، وهي في منزلة من الشرف في قومها، فكلم بعض القرشيين أسامة بن زيد ليشفع فيها عند رسول الله صلى الله عليه وسلم لمنزلتها، فلما كلمه غضب غضباً شديداً، وقال له مستنكراً شفاعته: أتشفع في حد من حدود الله، ثم قال حديثه الذي أشرنا إليه في الفقرة السابقة، ويفهم من هذا الحديث أن المركز الاجتماعي لا اعتبار له في تطبيق العقوبات، وأنه لا فرق بين شريف وضعيف في هذا الشأن، وأن العقوبة يمكن أن تطبق على السيدة فاطمة رضي الله عنها بنت رسول الله، وهي ذات مكان أثير عنده، كما تطبق على أي شخص سواها، ومؤدى ذلك أنه لا امتياز لعائلة رئيس الدولة الإسلامية، ولا فرق بين أفرادها وبين سائر الناس.

---

(٢٢٢) سورة الحجرات، الآية ١٣.

بل إن الرسول صلى الله عليه وسلم قد ارتضى مبدأ المساواة على نفسه ومعاملته كما يعامل أي مسلم ولم يدع لنفسه علواً على أحكام الشريعة ولم يطلب إعفـــاء من المســـئولية فقد قال "أيها الناس من كنت جلدت له ظهراً فهذا ظهري فليستقد منه، ومن أخذت له مالاً فهذا مالي فليأخذ منه، ولا يخشى الشحناء من قبلي فإنها ليست من شأني، ألا وإن أحبكم إلي من أخذ مني حقاً إن كان له، أو حللني فلقيت ربي وأنا طيب النفس". ويعد هذا الحديث مقرراً في أوضح وأبلغ عبارة "مبدأ مسئولية رئيس الدولة الإسلامية عن جميع ما يصدر عنه من أفعال" وتقرير المساواة – من هذه الوجهة – بينه وبين أي فرد من رعاياه ولو كان أضعفهم، إذ لا يجوز أن يدعي رئيس دولة إسلامية ما لم يقرره الرسول عليه الصلاة والسلام لنفسه، وما قرره صلى الله عليه وسلم في ذلك الحديث هو وضع لقاعدة تشريعية يلتزم بها جميع رؤساء الدول الإسلامية الذين يخلفونه.

وقد التزم بها الخليفة الأول أبو بكر الصديق: ففي أول خطبة له بعد أن بويع، قال رضي الله عنه "يا أيها الناس، قد وليت عليكم ولست بخيركم، إن أحسنت فأعينوني، وإن أسأت فقوموني، أطيعوني ما أطعت الله ورسوله، فإذا عصيت الله ورسوله فلا طاعة لي عليكم". وهذه الكلمات القلائل قررت مبادئ شرعية راسخة: قررت حق الرعية في تقويم الإمام. وعبارة "قوموني" تتسع للنصيحة والشورى، وتتسع كذلك للمساءلة عما يصدر عنه وإنزال الجزاء بناء عليها. وتتضمن كذلك طلب العون من الرعايا لكي يستمر الإمام في جهوده، وهو ما يتضمن وضع أساس نظام حكم ديمقراطي يقوم على مشاركة الرعايا في شئون الحكم. وتتضمن أيضاً تقرير حق الإمام في أن يطيعه رعاياه طالما أنه يطيع في عمله العام الله ورسوله. وينطوي ذلك على تقرير مبدأ لا مسئولية على من يطيع الإمام طالما أن الإمام يطيع الله ورسوله، ومؤدى ذلك تقرير سبب لعدم عقاب من أطاع الإمام، فنفذ قراراته. وتضمنت كذلك تقرير أنه لا طاعة للإمام إذا عصي في عمله الله ورسوله، ومؤدى ذلك نفي مسئولية من عصى الإمام إذا كان الإمام عاصياً لله ورسوله، وفي ذات الوقت تقرير مسئولية من أطاع الإمام في هذه الحالة. وتنطوي هذه العبارات على تقرير حق الرعية في عزل الإمام إذا عصى الله ورسوله، ذلك أن عدم طاعته طالما كان سادراً في عصيانه يعني إنهاء سلطانه على رعاياه، بما يقوض أحد أركان حكومته.

وتطبيق مبدأ المساواة على الناس جميعاً بمن فيهم الإمام، ومن باب أولى غير المسلمين الذين يقيمون في إقليم الدولة الإسلامية، يعطي هذا المبدأ عموماً وإطلاقاً، مما يجعل تطبيقه ميسوراً، ويقود إلى تقرير أن النص الجنائي الشرعي يسري على كل من يخالفه وتطبق عليه العقوبات التي يحددها دون اعتبار لمركز وظيفي أو اجتماعي أو انتماء ديني.

ولكن ثار في الفقه الإسلامي بعض الخلاف فيما يتعلق بسريان الأحكام الجنائية الشرعية على الإمام، وعلى غير المسلمين المقيمين في الإقليم الإسلامي. ويتعين فيما يلي الإشارة إلى هذا الخلاف.

٢٥٢- سريان النص الجنائي الشرعي على الإمام:

إذا طبقنا مبدأ المساواة الذي أقرته الشريعة الإسلامية – على ما تقدم تفصيله – اقتضى ذلك القول بخضوع الإمام لجميع القواعد الجنائية الشرعية ووجوب تقرير مسئوليته عن الجريمة التي يرتكبها، وتوقيع عقوبتها عليه. ولكن الإمام أبا حنيفة لا ينفي مسئولية الإمام، ولا يقرر إعفاءه من المسئولية، ولم يكن في الاستطاعة ذلك لما ورد عن الرسول صلى الله عليه وسلم من سنة قولية وفعلية، ولكن ما قال به في نظريته هو ما تعلق بتنفيذ العقوبة في الإمام.

ونرى أن نعرض فيما يلي لنظرية الإمام أبي حنيفة:

٢٥٣- نظرية الإمام أبي حنيفة:

يفرق الإمام أبو حنيفة بين نوعين من الجرائم التي يرتكبها الإمام: جرائم الحدود من ناحية، وجرائم القصاص والدية من ناحية ثانية. فإذا ارتكب الإمام جريمة ذات حد فلا ينفذ فيه حدها، أما إذا ارتكب جريمة قصاص أو دية نفذ فيه القصاص أو ألزم بالدية.

ويلاحظ – على ما قدمنا – أن الإمام أبا حنيفة لا يرى إعفاء الإمام من المسئولية عن جريمة الحد التي ارتكبها، ولكن الإعفاء يرد على تنفيذ الحد فقط ،

ومقتضى ذلك أن تبقى جريمته قائمة: فهو مسئول عنها في الآخرة، وهو كذلك مسئول عنها في الدنيا، ولذلك فهو إن عزل أو انقضت ولايته لسبب ما نفذ الحد فيه.[٢٢٣]

وحجة الإمام أبي حنيفة في ذلك أن تنفيذ الحد هو للإمام نفسه، أما تنفيذ القصاص أو اقتضاء الدية فهما لولي الدم: فإذا كان تنفيذ الحد للإمام، فإنه لا يعقل أن ينفذه على نفسه، إذ يخالف طبيعة البشر أن يؤذي شخص نفسه؛ ثم إنه بذلك ينزل الخزي والعار بنفسه بما يجعله غير أهل للولاية، فتختل شئون المجتمع، ولا يتصور كذلك أن ينصب شخص نفسه منفذاً للحد على الإمام، إذ ليس له هذه الولاية، ثم إن من شأن ذلك شيوع الفوضى في المجتمع. وعلى خلاف ذلك، فإن تنفيذ القصاص واقتضاء الدية هما من شأن ولي الدم، مصداقاً لقوله تعالى «وَمَن قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً فَلاَ يُسْرِف فِّي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُوراً»[٢٢٤]: فإذا كان مرتكب الجريمة التي تستوجب القصاص أو الدية هو الإمام، فإن لولي الدم أن ينفذ القصاص أو يقتضي الدية.

٢٥٤- نقد نظرية الإمام أبي حنيفة:

يعيب هذه النظرية أنها تفترض أن تنفيذ الحد حق للإمام. فإذا كان هو الذي يلزمه الحد ولم ينفذه فلا وجود لشخص يمكن أن ينفذه عليه. وهذا النظر الذي تبناه الإمام أبو حنيفة، يعترضه أن الحد حق لله تعالى، وتنفيذه حق له سبحانه تبعاً لذلك، وقد خوله لجماعة المسلمين, وهؤلاء أقاموا الإمام نيابة عنهم، فكان فرض كفاية عليه، فإذا عجز الإمام عن إقامة الحد لأنه نفسه هو من يجب عليه الحد، عادت إقامته للأصيل، وهم جماعة المسلمين، وكان لأحدهم تنفيذ الحد عليه. والذي يجوز له تنفيذ الحد على الإمام – بناء على ذلك – هو القاضي الذي نصب لذلك. ولا يعترض على ذلك بأن الإمام هو الذي نصب القاضي، فكان – بناء على ذلك – وكيله، وليس للوكيل من الحقوق والسلطات ما ليس لموكله، فإذا لم يكن للإمام تنفيذ الحد، فليس لوكيله ذلك من باب أولى. ولكن الرد على ذلك أن القاضي ليس وكيل الإمام، في مدلول الوكالة في تشريع المعاملات، وإنما للقاضي سلطة ذاتية استمدها من كونه توافرت له شروط ولاية

---

(٢٢٣) الأستاذ عبد القادر عودة، ص ٣٢٠، الإمام أبو زهرة ٣٠٦.

(٢٢٤) سورة الإسراء ، الآية ٣٣.

القضاء، فكان القضاء فرض كفاية عليه، وكانت سلطة الإمام تقتصر على التحقق من توافر شروط ولاية القضاء في شخص ثم تنصيبه بناء على ذلك. ومؤدى ذلك أن مصدر صفة القاضي ليس الوكالة عن الإمام، وإنما توافر شروط القضاء فيه، وصيرورة ذلك فرض كفاية عليه. وقد استخلص الفقهاء من هذا التكييف لولاية القضاء أن القاضي لا تنتهي ولايته بموت الإمام طالما ظل مستوفياً شروط القضاء، وذلك على خلاف ما هو مقرر في الوكالة إذ تنقضي بموت الموكل، ويقطع ذلك بأن القاضي ليس وكيلاً، وإنما له صفته الذاتية المستمدة من توافر شروط القضاء فيه. وقد استخلص الفقه الإسلامي من ذلك أنه ليس للإمام أن يعزل القاضي طالما بقيت له شروط القضاء، في حين لو كان وكيلاً عنه لكان له عزله في أي وقت. وقد أرسى الفقه الإسلامي بذلك "مبدأ عدم قابلية القضاة للعزل" من قبل الإمام، وهو مبدأ لم تعرفه التشريعات الوضعية إلا في وقت حديث. وأرسى الفقه الإسلامي كذلك مبدأ عدم جواز تدخل الإمام، أو ممثليه من باب أولى، في عمل القاضي – لأنه لم يستمد صنعته منه، وفي تعبير آخر أرسى الفقه الإسلامي "مبدأ استقلال القضاء في عمله"، وعدم جواز توجيه تعليمات أو أوامر إلى القاضي في شأن دعوى ينظر فيها.

ونرى أن الفقه الإسلامي ذهب إلى أبعد من ذلك: فتقريره استقلال القاضي في عمله عن الإمام وممثليه هو تقرير لمبدأ "الفصل بين السلطة القضائية والسلطة التنفيذية"، والفصل مقرر من قبل بين السلطة التشريعية وهاتين السلطتين، فالسلطة التشريعية لله سبحانه وتعالى، فهو "الشارع الحكيم" وما كان الفقهاء غير مفسرين للقواعد الشرعية التي وضعها الله تعالى. وعلى هذا النحو، فإن "مبدأ الفصل بين السلطات الثلاث" كان مقرراً في الفقه الإسلامي قبل أن يصوغه الفقه الغربي بزمن طويل.

والخلاصة أن هذا التكييف لولاية القاضي واستقلالها عن الإمام، يقود إلى القول بأنه إذا ارتكب الإمام جريمة تستوجب الحد، ولم يكن من المتصور أن يوقعه على نفسه، فإن سلطة تنفيذ الحد تعود إلى جماعة المسلمين ويمثلهم في ذلك القاضي، فيكون له أن ينفذ الحد على الإمام، فإن لم يقدر على ذلك، فعلى جماعة المسلمين – باعتبارهم أصحاب الصفة الأصلية – مناصرته عليه، ويعد ذلك من قبيل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، إعمالاً لقول رسول الله صلى

الله عليه وسلم: "لتأمرن بالمعروف، ولتنهون عن المنكر، أو لتأطرن على الحق أطرا".[٢٢٥]

ويرد على نظرية الإمام أبي حنيفة نقد ثان: فهي تقرر امتناع تنفيذا لحد على الإمام، وتقرر تنفيذ القصاص والدية عليه، مع أن الجرائم التي تستوجب الحد أشد جسامة وأجدر بالردع من الجرائم التي تستوجب القصاص أو الدية، فكان الأدنى إلى المنطق أن يكون إنزال الحـــد أولى من توقيع القصاص أو الديـــة.

٢٥٥- نظرية جمهور الفقهاء:

يرى جمهور الفقهاء، أنه لا عصمة للإمام ولا حصـــانة له من سريان النص الجنائي الشرعي عليه، وتنفيذ جميع العقوبات عليه - حداً أو قصاصاً أو دية أو تعزيراً وسندهم في ذلك مبدأ المساواة بين الناس في الخضوع لأحكام الشريعة وما قررته من تجريم وعقاب، وهو مبدأ يستند - على ما قدمنا - إلى نصوص قطعية الثبوت والدلالـــة، أبرزها قول رسول الله صلى الله عليه وسلم "يا أيها الناس من كنت جلدت له ظهراً فهذا ظهري فليستقد منه، ومن كنت شتمت له عرضاً فهذا عرضي فليستقد منه، ومن أخذت له مالاً فهذا مالي فليأخذ منه، ولا يخش الشحناء فإنها ليست من شأني، ألا وإن أحبكم إلي من أخذ مني حقاً إن كان له، أو حللني فلقيت ربي وأنا طيب النفس".

فهذا الحديث هو تقرير لحكم شرعي، فحواه أنه لا حصانة لرئيس الدولة الإسلامية. ذلك أن ما قرره الرسول صلى الله عليه وسلم في شأنه يسري من باب أولى على كل رئيس للدولة الإسلامية يخلفه، وذلك ما التزم به الخلفاء الراشدون رضي الله عنهم، وليس لرئيس دولة إسلامية أن يرى لنفسه حصانة لم يقررها الرسول صلى الله عليه وسلم لنفسه.

٢٥٦- ترجيح نظرية جمهور الفقهاء:

نرى ترجيح نظرية جمهور الفقهاء في تقرير المساواة بين رئيس الدولة الإسلامية وسائر الناس من حيث الخضوع للنص الجنائي الشرعي. وما يتضمنه

---

[٢٢٥] الإمام أبو زهرة ٣٠٦.

من تجريم وعقاب، إعمالاً لمبدأ المساواة، وقد ثبت أنه أصل من أصول الإسلام، واتباعاً لسنة قولية وفعلية قررت مبدأ مساءلة رئيس الدولة أسوة بأي مواطن، وما قررته السنة هو حكم شرعي لا تجوز مخالفته. وبالإضافة إلى ذلك، فإن تقرير مركز متميز لرئيس الدولة الإسلامية لا يجد له السند الشرعي الذي يقوم عليه.

ولكنا نرى أن من الملائم أن تنتظم إجراءات خاصة لاتهام رئيس الدولة الإسلامية والتحقيق معه ومحاكمته، وذلك حماية له من اتهام متسرع أو تحقيق أو محاكمة يتولاه شخص أو هيئة لا تتوافر له الضمانات التي يتطلبها وضع له خطورته على الاستقرار السياسي للدولة، وحماية للمجتمع الإسلامي من الفوضى والاضطراب اللذين يصيبانه إذا تعرض رئيس الدولة لاتهام متسرع أو كيدي، أو تعرض لتحقيق أو محاكمة سيطرت عليهما اعتبارات غير متفقة مع المصلحة العامة للدولة.

ولا نعتقد أن في تقرير إجراءات خاصة لاتهام رئيس الدولة الإسلامية أو التحقيق معه أو محاكمته ما يمس مبدأ المساواة الذي يعد – على ما قدمنا – مبدأ أساسياً راسخاً من مبادئ الشريعة الإسلامية: ذلك أن المساواة يراد بها أساساً المساواة الموضوعية، أي من حيث التجريم والعقاب، وهو ما يتعين التسليم به، ولا يمس هذه المساواة تقرير إجراءات خاصة في وضع معين إذا ثبت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك.

٢٥٧– مدى سريان النص الجنائي الشرعي على غير المسلمين المقيمين في إقليم الدولة الإسلامية:

المقيمون في إقليم الدولة الإسلامية من غير المسلمين قسمان: ذميون ومستأمنون. والفرق بينهما – على ما قدمنا – أن الذميين يقيمون في إقليم الدولة الإسلامية إقامة دائمة، ويحكم وضعهم الشرعي أصل أن "لهم ما لنا وعليهم ما علينا"، أي المساواة بينهم وبين المسلمين في الحقوق والواجبات، دون تفرقة بين هذه الحقوق والواجبات، ذلك أنهم رعايا الدولة أسوة بالمسلمين. والمستأمنون يقيمون في إقليم الدولة الإسلامية خلال وقت معين، قد يطول، وقد دخلوا في هذا الإقليم بترخيص الدولة الإسلامية التي التزمت بحماية حقوقهم وتيسير سبل المهمة التي وفدوا من أجلها إلى إقليم الدولة الإسلامية، وفي مقابل هذه الحماية والتيسير فإن عليهم أن يحترموا نظام المجتمع الإسلامي، فلا يأتوا

فعلاً يعد منكراً في حكم الإسلام، ولو كان غير ذلك في تشريع البلاد التي جاءوا منها. فالمستأمن ليس من رعايا الدولة، بل هو أجنبي عنها، ولكن عليه – خلال فترة إقامته في إقليمها – أن يحترم قانونها، ويتجنب الاعتداء على أي حق للدولة أو لأحد مواطنيها يقرره ذلك القانون.

ومؤدى هذا النظر هو تقرير مساواة كاملة بين جميع الأشخاص الذين يقيمون في إقليم الدولة: وهي مساواة دائمة بين المسلمين والذميين، ومساواة مؤقتة بينهم وبين المستأمنين.

وإذا كان الفقه الإسلامي، ممثلاً في مذهب نظرية الأئمة مالك والشافعي وأحمد قد أقر مبدأ إقليمية النص الجنائي الشرعي، فإن مقتضى ذلك هو سريان النص الجنائي الشرعي على كل جريمة ترتكب في الإقليم الإسلامي، أياً كان مرتكبها: فسواء كونه مسلماً أو ذمياً أو مستأمناً. والحكم على هذا النحو لا يثير صعوبة. ولكن يرد عليه تحفظ بالنسبة للذميين: ذلك أنه إذا كان للجريمة طابع ديني بحت، وكانت تفترض في مرتكبها أن يكون مسلماً، كما لو عاقب الشارع الوضعي الإسلامي على الإفطار في رمضان، فإنه لا يمكن أن يعاقب عليها ذمي، فأحد أركان الجريمة غير متوافر، بالإضافة إلى أن غير المسلم يمارس رخصة قررها له دينه، فثمة إباحة أصلية، وقد التزمت الدولة الإسلامية باحترام دينه.

وتثور المشكلة إذا كان الفعل الذي ارتكبه الذمي جريمة تتصل بالنظام العام للمجتمع الإسلامي وتمثل إخلالاً بقاعدة جوهرية في الشريعة الإسلامية، ولم يكن هذا الفعل خطيئة في شريعة مرتكبه، كما لو تعاطى غير المسلم الخمر أو أكل لحم خنزير أو تزوج ممن تعتبر محرماً له وفق الشريعة الإسلامية هل يعاقب غير المسلم على هذا الفعل. أثارت هذه المشاكل خلافاً في الفقه الإسلامي:

ذهب الإمام أبو حنيفة إلى عدم جواز عقاب غير المسلم في هذه الفروض، واحتج لذلك بأن الفعل يتصل بالعقيدة الدينية، فهو محظور في الشريعة الإسلامية، ولكنه مباح في عقيدة مرتكبه، ولما كان من غير الجائز للدولة الإسلامية التدخل في عقائد غير المسلمين، فقد أمرنا أن نتركهم وما يدينون به، بالإضافة إلى أن هذا التدخل يمس مبدأ حرية العقيدة، وهو المبدأ الذي قرره الله تعالى في قوله «لا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ قَدْ تَبَيَّنَ الرُّشْدُ مِنَ الْغَيِّ». واحتج رضي الله عنه بما استنه السلف الصالح، فقد كتب الخليفة عمر بن

عبد العزيز إلى الحسن البصري يسأله لماذا يترك النصارى يأكلون الخنزير ويشربون الخمور، ويترك المجوس يتزوجون من بناتهم. فرد عليه الحسن البصري بقوله "على هذا دفعوا الجزية، وعلى هذا أقرهم السلف، إنما أنت متبع لا مبتدع".[٢٢٦]

ورأى الإمام أبي حنيفة يصدر عن اعتراف بالحرية الدينية في أوسع نطاق، ويتسق مع تقرير الإسلام هذه الحرية كأحد مبادئه الأساسية الراسخة.

ولكن يعترض عليه بأن الجريمة في الفروض السابقة ليست تعبيراً عن العقيدة، فشرب الخمر إذا أباحته ديانة الجاني، فهو ليس من شعائرها حتى تكفل لمرتكبه الحصانة، وليس مأموراً بها في هذه الديانة، وإنما الجريمة ذات طابع دنيوي كذلك وتمثل إضراراً بالمجتمع الإسلامي أو تهديداً له بالخطر، وبناء على ذلك كان من حق الدولة الإسلامية أن تعاقب عليها. وعلى سبيل المثال، فإن الخمر هي "أم الكبائر"، وتعاطيها يهدد المجتمع بالجرائم التي قد يرتكبها السكران تحت تأثير سكره، وهي جرائم قد تؤذي المسلمين، وقد تؤذي المجتمع كله. والأصوب في تقديرنا أن يباح الفعل لغير المسلم إذا كان مأموراً به في ديانته، إذ يقوم لمصلحته سبب إباحة وفق الشريعة الإسلامية. أما مجرد إجازته وتهديده في ذات الوقت المجتمع الإسلامي، فلا يجوز أن يكون حائلاً بين الدولة الإسلامية وحماية حقوقها وتأمين مصالحها.

والخلاصة التي نخلص إليها هي وجوب سريان النص الجنائي الشرعي – وفقاً لمبدأ إقليميته – على كل جريمة ترتكب في إقليم الدولة الإسلامية، أياً كان الانتماء الديني للجاني، وذلك ما لم يمثل الفعل إقامة لشعيرة دينية لمرتكبه أو كان ملتزماً بالقيام به وفقاً لشريعته، إذ يقوم لمصلحته في الحالتين سبب إباحة.

٢٥٨– مدى إطلاق "مبدأ المساواة بين الناس":

يقتضي "مبدأ المسواة بين الناس" من حيث الخضوع للنص الجنائي الشرعي، سريان هذا النص على جميع الجرائم التي ترتكب في إقليم الدولة، أياً كانت ديانة مرتكبها، وأياً كان انتماؤه الوطني، أي سواء كان مسلماً أو ذمياً أو

---

[٢٢٦] أبو زهرة، ٢٩١.

مستأمناً. وما يقرره "مبدأ المساواة"، هو ذات ما يقرره "مبدأ إقليمية النص الجنائي الشرعي".

ويثور التساؤل في هذا الموضع عما إذا كان هذا المبدأ مطلقاً، وفي تعبير آخر، عما إذا كان "مبدأ إقليمية النص الجنائي الشرعي" ترد عليه استثناءات من شأنها إخراج الجرائم التي يرتكبها في إقليم الدولة فئات من الأشخاص، بحيث يعفون من تطبيق هذا النص عليهم.

٢٥٩- الاستثناءات التي ترد على مبدأ إقليمية النص الجنائي الشرعي:

يذهب الفقه الوضعي الحديث إلى تقرير عدد من الاستثناءات التي ترد على "مبدأ إقليمية النص الجنائي". والتساؤل الذي تثيره هذه الاستثناءات هو تحديد ما إذا كانت الشريعة الإسلامية تقر هذه الاستثناءات.

وفئات الأشخاص التي يرى الفقه الوضعي إخراج جرائمهم من نطاق النص الإقليمي هم: رؤساء الدول الأجنبية وأعضاء السلك الدبلوماسي والقنصلي الأجنبي، وأعضاء المجالس النيابية (مجلس الشعب ومجلس الشورى)، وأفراد القوات الأجنبية الذين يرابطون في إقليم الدولة بترخيص منها.

يبدو أن الشريعة الإسلامية لا تقر هذه الاستثناءات، "فمبدأ المساواة بين الناس" الذي أوردته نصوص شرعية قطعية الثبوت وقطعية الدلالة قد أطلقت هذا المبدأ، مما يعني أنها أطلقت خضوع جميع الجرائم التي ترتكب في إقليم الدولة للنص الجنائي الشرعي، خاصة وأن هذا النص يتصل بأسس الشريعة وروحها، وهو ما لا سبيل إلى الترخص فيه.

ويزداد الأمر وضوحاً إذا لاحظنا أن الشريعة الإسلامية لا تقرر حصانة من الخضوع للنص الشرعي لرئيس الدولة الإسلامية، فكيف ينسب إليها أن تقرر حصانة لرئيس دولة أجنبية؟ وما الذي يبرر تقرير حصانة لأعضاء السلك الدبلوماسي الأجنبي، وهم جماعة من المستأمنين قدموا إلى الإقليم لأداء مهام معينة لمصلحة دولهم؟ ويكفي لأداء كل منهم مهمته أن توفر له الدولة الإسلامية حمايتها وتقدم له ما ييسر أداء هذه المهمة. ولماذا تقرر حصانة لأفراد القوات المسلحة الأجنبية المرابطة في إقليم الدولة الإسلامية بترخيص منها، إذا كانت لا تقرر حصانة مماثلة لأفراد القوات المسلحة الوطنية؟ ولماذا تقرر حصانة

لأعضاء المجالس النيابية والفرض أنهم يؤدون مهمة لمصلحة المجتمع، وكان عليهم التحرز في أدائها بحيث لا يرتكبون جريمة؟

إن الاعتبارات التي يقدمها الفقه الوضعي الحديث لتبرير هذه الاستثناءات لا تكفي لتقرير استثناءات على مبدأ أساسي في الشريعة الإسلامية وردت في شأنه نصوص شرعية قطعية الثبوت والدلالة.

وبناء على ذلك لا يكون مفر من تقرير رفض الشريعة الإسلامية لهذه الاستثناءات.

وهذا القول قد يثير صعوبات في مجال العلاقة بين الدولة الإسلامية والدول الأجنبية، ويضع الدولة الإسلامية في حرج شديد، خاصة وأن الإعفاءات السابقة مقررة في القانون الدولي العام، ومصدرها معاهدات شارعة انضمت إليها، وهي مقررة على سبيل المعاملة بالمثل، وإنكارها يجعل الدول الأخرى تنكر على ممثلي الدولة الإسلامية لديها هذه الحصانات، ومن شأن ذلك وضع الصعوبات في مجال العلاقات الدولية، وقد يصيب مصالح الدولة الإسلامية ذاتها بأضرار بالغة، وإنكار الحصانة على أعضاء المجلس النيابي قد يحول بينهم وبين ممارسة عملهم على النحو الذي قرره القانون وخاصة من حيث الرقابة على السلطة التنفيذية، إذ يخشون من اتهامات كيدية توجه إليهم. وفي النهاية، فإن إنكار الحصانة على قوات مسلحة أجنبية ترابط في إقليم الدولة الإسلامية، بناء على ترخيصها، والفرض أنها وفدت لتقديم العون لها لصد عدوان خارجي، يحول دون أن تؤدي هذه القوات المتحالفة مهمتها على الوجه السليم الذي يمليه النظام العسكري.

وبناء على ذلك، كان متعيناً التوفيق بين سيادة مبدأ يعتبر من المبادئ الأساسية في الشريعة الإسلامية وبين اعتبارات عملية تتصل بمصلحة الدولة الإسلامية لا يجوز إهدارها.

٢٦٠- التوفيق بين "مبدأ المساواة بين الناس" وما يستتبعه من التطبيق الشامل للنص الجنائي الشرعي وبين الاعتبارات العملية السابقة:

إن هذا التوفيق – في تقديرنا – يمكن أن يتحقق، ذلك أن هذه الاعتبارات لا تقتضي إخراج الأشخاص الذين يستفيدون من الحصانات السابقة من نطاق

تطبيق النص الجنائي الشرعي، أي أنها لا تقتضي إخراجهم من عداد من يوجه إليهم الشارع أوامره ونواهيه. وإنما كل ما تقتضيه هو أن تمتنع السلطات الإقليمية عن اتخاذ إجراءات الاتهام والتحقيق والمحاكمة ضد هؤلاء الأشخاص، مع بقاء أفعالهم مجرمة ومعاقباً عليها. وبناء على ذلك فإن التكييف الصحيح لهذه الحصانات أنها تقرر خروج بعض الأفعال من "الولاية القضائية للدولة"، ولكنها لا تقرر خروجها من "الولاية التشريعية للدولة"، فمجالها هو الإجراءات الجنائية، وليس القواعد الموضوعية، وكل ما تقرره هو وضع "مانع إجرائي" يحول دون اتخاذ الإجراءات الجنائية ضد شخص معين بصدد فعل يُعَد جريمة.

ووفقاً لهذا التكييف، فإن الحصانة المقررة لبعض الأشخاص، تحقيقاً لاعتبارات ذات أهمية للدولة الإسلامية ومواطنيها لا تعني إخلالاً بمبدأ المساواة بين الناس في الخضوع للنص الجنائي الشرعي، من حيث ما يقرره من تجريم وعقاب، إذ المستفيد من الحصانة يبقى خاضعاً لذلك النص، ويعتبر الفعل الذي ارتكبه جريمة، ولكن لاعتبارات تتصل بالملاءمة لا تتخذ الإجراءات الجنائية ضده.

ولا يعني تقرير هذه الحصانة الإجرائية أن يفر المستفيد منها من العقاب، وإنما تتولى سلطات دولة أخرى – بناء على إنابة قضائية من الدولة الإسلامية – اتخاذ الإجراءات الجنائية ضده وتوقيع العقوبة عليه.

وبناء على ذلك، فإن الحصانة تتحول – في تكييف صحيح لها – إلى "إنابة قضائية". فالدولة الإسلامية تنيب عنها الدولة التي يتبعها عضو السلك السياسي أو القنصلي الأجنبي أو رجل القوات المسلحة الأجنبية في اتخاذ الإجراءات الجنائية ضده، وتوقيع العقوبة عليه إذا ثبتت إدانته. والإنابة القضائية لا تتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية، لأنها لا تخل بمبدأ المساواة بين الناس، وإنما هي نوع من التعاون الدولي لخير المجتمع الإنساني، وهو ما نقره، بل ونحبذه.

والأمر أكثر وضوحاً، بالنسبة للحصانة المقررة لعضو المجلس النيابي، إذ هي لا تعفيه من الخضوع للنص الجنائي، وإنما هي تدور في المجال الإجرائي، وتتجه إلى مجرد التحقق أن الدعوى المزمع إقامتها ضده تخلو من "الكيدية"، وأنها لا تتجه إلى عرقلة عمله التشريعي والرقابي، وخاصة إذا كان اتجاهه الحزبي معارضاً للسلطة التنفيذية، فإذا ثبت خلو هذه الدعوى من "الكيدية" رفعت

الحصانة، وساغ اتخاذ الإجراءات الجنائية ضده، أما إذا ثبتت الكيدية بقيت الحصانة تمكيناً للعضو، والمجلس تبعاً لذلك، من أداء دوره. وهذا التكييف واضح في صياغة المادة ٩٩ من الدستور المصري التي تجري على النحو التالي "لا يجوز في غير حالة التلبس بالجريمة اتخاذ أية إجراءات جنائية ضد عضو مجلس الشعب إلا بإذن سابق من المجلس. وفي غير دور الانعقاد يتعين أخذ إذن رئيس المجلس. ويخطر المجلس عند أول انعقاد له بما اتخذ من إجراء". فالنص يشير إلى "الإجراءات الجنائية"، ولا يقرر حكماً في شأن الأحكام الموضوعية، أي في شأن المسئولية واستحقاق العقوبة.

الفصل الثاني
أسباب الإباحة

٢٦١- تعبير الإباحة في الفقه الإسلامي:

يطلق تعبير "الإباحة" في علم أصول الفقه علي أحد أقسام الحكم التكليفي. ويراد بالحكم التكليفي الحكم الذي يتضمن طلب فعل من المكلف، أو كفه عن فعل، أو تخييره بين الفعل والكف. ومثال ما تضمن طلب فعل قوله تعالي "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُود"(٢٢٧)، ومثال ما اقتضى طلب الكف عن فعل قوله سبحانه "وَلاَ تَقْرَبُواْ الزِّنَى"(٢٢٨)، ومثال ما اقتضى التخيير بين الفعل والكف عنه قوله تعالي "فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلاَةُ فَانتَشِرُوا فِي الأَرْضِ"(٢٢٩).

وينقسم الحكم التكليفي إلي خمسة أقسام: الإيجاب، والندب، والتحريم والكراهة، والإباحة. وضابط هذا التقسيم تفاوت في درجات طلب الفعل: فإذا كان اقتضاء الفعل علي وجة التحتيم والإلزام، فالفعل واجب، ومثاله قوله تعالي

---

(٢٢٧) سورة المائدة، الآية رقم ١.

(٢) سورة الإسراء، الآية رقم ٣٢.

(٣) سورة الجمعة، الآية رقم ١٠.

(٤) سورة البقرة، الآية رقم ١٨٣.

"كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ"[٢٣٠]. وإذا كان اقتضاء الفعل ليس علي وجه التحتيم والإلزام، فهو المندوب، ومثاله قوله سبحانه "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ"[٢٣١]، فالأمر بكتابة الدين ليس علي سبيل الوجوب، بدليل قوله سبحانه "فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضاً فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ"[٢٣٢]، مما يعني أن للدائن أن يثق بمدينه ويأتمنه من غير كتابة الدين عليه. وإذا اقتضى الشارع طلب الكف عن الفعل علي سبيل التحتيم والإلزام، فالفعل محرم، ومثاله قول الله تعالي "حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِير"[٢٣٣]، وقوله سبحانه " إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالأَنصَابُ وَالأَزْلاَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ"[٢٣٤]. وإذا كان اقتضاء ترك الفعل ليس على وجه التحتيم والإلزام، فالفعــل مكروه، ومثاله قول الله تعالى «لاَ تَسْأَلُواْ عَنْ أَشْيَاء إِن تُبْدَ لَكُمْ تَسُؤْكُمْ»[٢٣٥]، وقوله سبحانه «وَذَرُوا الْبَيْعَ»[٢٣٦]. والمباح هو ما خير المكلف بين فعله وتركه، ذلك أن الشارع لم يطلب من المكلف إتيان الفعل ولم يطلب منه الكف عنه، ومثاله قول الله تعالى «فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ»[٢٣٧]، وقوله سبحانه «وَلاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاء»[٢٣٨].

وبناء على هذا التقسيم فإن «سبب الإباحة» يعني التخيير بين إتيان الفعل والكف عنه، فلا إثم على المكلف إذا أتى الفعل، ولا إثم عليه إن كف عنه. ولا شك في أن المكلف إذا أتى الفعل المباح كان فعله – بناء على الإباحة – مشروعاً، ولم يكن محل لأن يوصف بأنه جريمة، إذ الجريمة بطبيعتها تفترض عدم مشروعية الفعل.

ولكن هذا التعريف للإباحة أضيق مما يفترضه انتفاء عدم مشروعية الفعل وانتفاء الجريمة تبعاً لذلك: ذلك أنه إذا كان الفعل «واجباً» أو كان «مندوباً»، فإنه من باب أولى يعتبر مشروعاً، ولا تقوم بإتيانه جريمة. ومؤدى ذلك أن الإباحة في الفقه الجنائي الإسلامي تتضمن الوجوب والندب والإباحة في الاصطلاح الأصولي.

---

[٢٣١] سورة البقرة، الآية رقم ٢٨٢.

[٦] سورة البقرة، الآية رقم ٢٨٣.

[٢٣٣] سورة المائدة، الآية رقم ٣.

[٨] سورة المائدة، الآية رقم ٩٠.

[٢٣٥] سورة المائدة، الآية رقم ١٠١.

[٢] سورة الجمعة، الآية رقم ٩.

[٣] سورة البقرة، الآية رقم ٢٢٩.

[٤] سورة البقرة، الآية رقم ٢٣٥.

٢٦٢- ماهية أسباب الإباحة:

يفترض سبب الإباحة خضوع الفعل ابتداء للتجريم واكتسابه – بناء على ذلك – الصفة غير المشروعة، وأثر سبب الإباحة هو إخراج الفعل من نطاق التجريم ورده إلى أصله من المشروعية. ومثال سبب الإباحة حق التأديب، فإذا كان التأديب بفعل الضرب، فإن هذا الفعل ابتداء غير مشروع، لما يتضمن من اعتداء على حق شخص في سلامة جسمه، ولكنه إذا كان استعمالاً لحق التأديب صار مشروعاً. في هذا المثال يوصف «حق التأديب» بأنه سبب إباحة. ومثال سبب الإباحة كذلك «دفع الصائل»، أي «الدفاع الشرعي» في اصطلاح الفقه الوضعي: فالقتل في ذاته غير مشروع لتضمنه اعتداء على حق شخص في الحياة، ولكنه إذا كان «دفعاً لصائل» فهو مشروع، ولا تقوم به جريمة. في هذا المثال يوصف «دفع الصائل» بأنه سبب إباحة.

٢٦٣- دور سبب الإباحة في بنيان الجريمة:

إذا كان من أركان الجريمة – على ما قدمنا – الركن الشرعي. وكان جوهر هذا الركن هو الصفة غير المشروعة للفعل، فإن دور سبب الإباحة – برده الفعل إلى أصله من المشروعية – هو نفي الركن الشرعي للجريمة، ونفي الجريمة تبعاً لذلك.

وبناء على ذلك يمكن تعريف سبب الإباحة بأنه «قيد على التجريم يستبعد من نطاق بعض الأفعال»، وأن دوره هو نفي الركن الشرعي للجريمة.

٢٦٤- الإباحة الأصلية والإباحة الاستثنائية:

الإباحة الأصلية هي حالة عدم ورود حكم شرعي في شأن الفعل مقتضاه النهي عن الفعل، وفي تعبير آخر عدم ورود دليل على تحريم الفعل: فلا وجود لنص يحرمه ولا محل لقياس يقتضي تحريمه. في هذه الحالة يعتبر الفعل على أصل الإباحة، تطبيقاً لمبدأ أن الأصل في الأشياء الإباحة، أي أن الأصل في الأفعال الإباحة. وتوصف هذه الإباحة بأنها الإباحة الأصلية.

أما الإباحة الاستثنائية، فتفترض أن الأصل في الفعل تجريمه، ولكنه مباح استثناء في ظروف معينة، بناء على دليل شرعي. ومثالها إباحة الضرب تأديباً، أو الجرح تطبيباً، أو القتل دفعاً للصائل. وهذه الإباحة هي موضوع الدراسة.

٢٦٥- علة الإباحة:

ترتد علة الإباحة إلى «نظرية ترجيح المصالح»، أي ترجيح المصلحة التي يصونها الفعل على المصلحة التي يهدرها، لأن المصلحة المصانة أولى بالرعاية: فالفرض أن الفعل أهدر مصلحة، وفي ذات الوقت، وبالنظر إلى ظروف معينة، صان مصلحة أخرى، فيباح ترجيحاً وتغليباً للمصلحة الثانية. وعلى سبيل المثال، فإن الضرب تأديباً قد أهدر مصلحة الخاضع للتأديب في سلامة جسمه، ولكنه في ذات الوقت صان مصلحته في تقويم سلوكه، وصان كذلك مصلحة المجتمع في أن يكون أفراده على مستوى أخلاقي سليم، وقد قدر الشارع الحكيم رجحان المصلحة الثانية، فقرر إباحة فعل التأديب. والفعل المرتكب دفعاً للصائل قد أهدر مصلحة الصائل في الاحتفاظ بحياته أو بسلامة جسمه، ولكنه في ذات الوقت صان مصلحة المصال عليه في حياته أو سلامة جسمه، وقد قدر الشارع الحكيم أن مصلحة المصال عليه أهم اجتماعياً من مصلحة الصائل، إذ أن التجاء الصائل إلى الصيال قد هبط بالقيمة الاجتماعية لمصلحته، فكان من المقبول اجتماعياً ترجيح مصلحة المصال عليه، وإباحة فعله.

٢٦٦- آثار الإباحة:

أثر سبب الإباحة هو نفي الصفة غير المشروعة عن الفعل، ورده إلى أصله من المشروعية. وبصيرورة الفعل مشروعاً ينتفي الركن الشرعي للجريمة، ويترتب على ذلك بالضرورة عدم اكتمال الجريمة أركانها، وعدم نشوء المسئولية عنها، وعدم جواز توقيع العقوبة.

ولكن إنتاج سبب الإباحة هذا الأثر منوط بتوافر جميع شروطه، ذلك أن انتفاء أحد هذه الشروط يبقى الفعل على عدم مشروعيته التي ثبتت له، على فرض عدم توافر سبب للإباحة: فإذا كان من شروط حق التأديب أن يكون الضرب تأديباً غير شديد، فضرب من له هذا الحق الخاضع للتأديب ضرباً شديداً أفضى إلى موته أو إلى فقده حاسة أو طرفاً، فهو لا يستطيع أن يحتج بسبب الإباحة، ومن ثم يعتبر فعله غير مشروع ويسأل عنه. وإذا كان من شروط دفع الصائل حلول الخطر، فارتكب الشخص المهدد بالخطر فعله قبل لحظة حلول الخطر أو بعد انتهاء الخطر، فلا يباح له فعله.

٢٦٧- الطابع الموضوعي لسبب الإباحة:

لسبب الإباحة طابع موضوعي، باعتبار أن أثره ينصب على الفعل ذاته، فيتناول تكييفه القانوني، ويحوله من تكييف غير مشروع إلى تكييف مشروع. ومؤدى ذلك أنه لا ينصب على تناول شخص المتهم بالذات وتقرير انتفاء أهليته للمسئولية أو العقوبة. وعلى خلاف ذلك، فإن تأثير موانع المسئولية يقتصر على تقرير انتفاء أهلية شخص للمسئولية. ولتوضيح ذلك نشير إلى قول الله تعالى « وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيّاً كَبِيراً»[٢٣٩]، فقد نص سبحانه على الضرب في قوله «واضربوهن»، فقرر جوازه تأديباً، أي كان النص على الفعل ذاته، فجعله مباحاً، ويعني ذلك تقرير سبب إباحة لمصلحة الزوج. ولنقارن ذلك بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، وعن النائم حتى يصحو وعن المجنون حتى يفيق»، فهذا الحديث يشير إلى أشخاص بالذات: الصبي والنائم والمجنون، ليقرر انتفاء أهلية كل منهم للمسئولية، أي أنه يتناول بالتكييف شخصاً، ولا يتناول فعلاً، ومن ثم لم يكن مقرراً سبب إباحة، وإنما قرر مانع مسئولية.

٢٦٨- نطاق آثار الإباحة:

يتصف نطاق آثار الإباحة بالشمول، أي امتدادها إلى كل من قارف الفعل المباح: فاعلاً له أو شريكاً مباشراً فيه أو شريكاً بالتسبب، ذلك أن الفعل قد صار في ذاته مباحاً، فلم يعد صالحاً محلاً للاشتراك أياً كان نوعه، إذ الاشتراك لا يكون إلا في فعل غير مشروع. وتطبيقاً لذلك، فإن من يساعد مرتكب فعل مباح يعتبر فعل المساعدة الذي صدر عنه فعلاً مباحاً بدوره، كمن أعطى من له حق التأديب أداة التأديب أو من أمد المصال عليه بوسيلة دفاعه. وعلى خلاف ذلك، فمن اشترك في فعل ارتكبه شخص امتنعت مسئوليته يسأل عن ذلك الفعل، ويعاقب بناء على ذلك، على الرغم من أن مرتكب الفعل لا مسئولية ولا عقاب عليه، ومثال ذلك: من أمد المجنون أو الصبي بوسيلة ارتكابه جريمته. وتفسير ذلك أن فعل من امتنعت مسئوليته هو فعل غير مشروع، ومن ثم يصلح محلاً للاشتراك، مباشراً أو بالتسبب.

٢٦٩- التمييز بين أسباب الإباحة وموانع المسئولية وموانع العقاب:

---

(٢٣٩) سورة النساء، الآية رقم ٣٤

اتضح فيما تقدم التمييز بين أسباب الإباحة وموانع المسئولية، أما موانع العقاب أو أسباب الإعفاء من العقوبة، فهي حالات ثبت فيها أن الفعل غير مشروع، وأن مرتكبه أهل للمسئولية، ولكن الشارع يقدر أن من مصلحة المجتمع إعفاءه من العقاب، أو في تعبير آخر يرى الشارع أن المصلحة في عدم عقابه تربو على المصلحة في عقابه لعلة اعتبرها. وأوضح مثال في الفقه الإسلامي لمانع عقاب أو سبب إعفاء من العقوبة هو «التوبة»، ومثالها قول الله تعالى – بعد أن حدد سبحانه عقوبة الحرابة – «إِلاَّ الَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُواْ عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ»[٢٤٠]، وقوله سبحانه – بعد أن حدد عقوبة السرقة – «فَمَن تَابَ مِن بَعْدِ ظُلْمِهِ وَأَصْلَحَ فَإِنَّ اللّهَ يَتُوبُ عَلَيْهِ إِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ »[٢٤١]. ويتضح بذلك أن علة امتناع العقاب ليست تحول الفعل إلى الإباحة أو انتفاء أهلية مرتكبه، وإنما ما تدل عليه من الندم، فكان الإعفاء لتشجيعه على سلوك السبيل القويم. والغالب أن يقتصر تأثير مانع العقاب على من تحقق فيه سبب الإعفاء، أما من عداه من شركاء في فعله الذين لم يتوافر لديهم سبب الإعفاء من العقاب، فهم يعاقبون، وتطبيقاً لذلك، فالمحارب الذي تاب يعفى من العقاب، أما زملاؤه الذين لم يتوبوا فإنهم يعاقبون.

٢٧٠- أسباب الإباحة في الفقه الإسلامي:

أسباب الإباحة التي أقرها الفقه الإسلامي هي: استعمال الحق، وأداء الواجب، ودفع الصائل، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والرضاء.

وهذه الأسباب هي التي اهتم الفقهاء بدراستها وتفصيل أحكامها. ولكن لا يجوز اعتبار أسباب الإباحة في الفقه الإسلامي محصورة فيما تقدم ذكره من أسباب: ذلك أنه إذا كانت علة الإباحة هي ترجيح مصلحة على أخرى، أي ترجيح المصلحة في الإباحة على المصلحة في التجريم، فإنه إذا كشفت الدراسة عن وجود حالات غير ما تقدم ذكره تتوافر فيها علة الإباحة، فإنه يتعين تقرير توافر سبب الإباحة فيها، استناداً لمبدأ أن «الحكم يدور مع العلة وجوداً وعدماً».

ونبحث فيما يلي أسباب الإباحة التي استقرت في الفقه الجنائي الإسلامي.

---

(٢٤٠) سورة المائدة، الآية رقم ٣٤.

(١) سورة المائدة، الآية رقم ٣٩.

المبحث الأول

استعمال الحق

٢٧١- العلة في اعتبار استعمال الحق سبباً للإباحة:

إذا أقر الشارع حقاً لشخص اقتضى ذلك حتماً إباحة الوسيلة إلى استعمال ذلك الحق، أي إباحة الأفعال التي تستهدف الاستعمال المشروع للحق، سواء للحصول على ما يتضمنه من وسائل أو لمباشرة ما يخوله من سلطات. ويمكن إجمال العلة في اعتبار استعمال الحق سبباً للإباحة بأنها "تحقيق الاتساق بين الأحكام"، ذلك أنه يصدم المنطق أن يخول الشارع شخصاً حقاً ثم يعاقبه حين يأتي الفعل الذي يستعمل به ذلك الحق، ومن ثم كان مقتضى الاتساق والتناسق بين أحكام الشريعة الإسلامية التي تخاطب العقول، وتلتزم بما يحكم التفكير السليم من المنطق أن تقرر وجوب إباحة الفعل الذي يستعمل به حق مقرر.

٢٧٢- الشروط العامة لاستعمال الحق:

هذه الشروط تستخلص من الصلة المنطقية بين الحق، وهو مصدر الإباحة، والفعل، وهو الذي تتعلق به الإباحة،: فيتعين وجود المصدر، وهو الحق، ويتعين ثبوت أن الفعل هو الوسيلة إلى استعماله.

وبناء على ذلك تكون الشروط العامة لاستعمال الحق هي الآتية: وجود الحق في ذاته، وثبوت أن الفعل هو وسيلة مشروعة لاستعماله.

٢٧٣- وجود الحق:

الحق في ذاته هو "مصلحة" لصاحبه، ولكنه ليس مصلحة أياً كانت، وإنما هو مصلحة مشروعة، ودليل شرعيتها أن الشارع أقرها وأسبغ عليها حمايته، وسمح لصاحبها بأن يأتي من الأفعال ما هو ملائم لتحقيقها واستخلاص ما تنطوي عليه من مزايا. وقد عرفه الإمام الشيخ على الخفيف بأنه"مصلحة مستحقة شرعاً"[٢٤٢]، وعرفه الأستاذ على الزرقا بأنه "اختصاص يقرر به

---

[٢٤٢] علي الخفيف، الحق والذمة ص ٣٦.

الشارع سلطة أو تكليفاً"[٢٤٣]. وليس بشرط أن تكون المصلحة مقررة لمن يستفيد من الإباحة. فقد تكون مقررة لشخص سواه، أو للمجتمع في مجموعه: فحق التأديب ليس مصلحة لمن يباشره، ولكنه مصلحة للأسرة والمجتمع؛ وحق الطبيب في العلاج ليس مصلحة له ولكنه مصلحة للمريض والمجتمع.

٢٧٤- مصدر الحق:

قد يكون مصدر الحق نصاً صريحاً، كما في قوله تعالى في شأن حق الزوج في تأديب زوجته "فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً"[٢٤٤]، وقوله صلى الله عليه وسلم في شأن تأديب الأبناء الذين لا يصومون، "اضربوهم لعشر"، وهذا النص يستخلص منه – قياساً – حق عام في تأديب الأبناء عن كل سلوك غير قويم. وقد يكون مصدر الحق العرف، طالما كان هذا العرف لا يناقض حكماً شرعياً، كحق المخدوم في تأديب خادمه الصغير، وحق ملقن الحرفة في تأديب صبيه. وقد يكون مصدره القواعد العامة ومصلحة المجتمع، كالتطبيب والفروسية، أو في تعبير اشمل ممارسة الألعاب الرياضية.

٢٧٥- ثبوت أن الفعل هو وسيلة مشروعة لاستعمال الحق:

يعد الفعل وسيلة مشروعة لاستعمال الحق إذا التزم حدوده، وحسنت نية مرتكبه.

ويعني ذلك أن هذا الشرط ينطوي في حقيقته على شرطين: التزام حدود الحق، وحسن نية مرتكب الفعل.

٢٧٦- التزام حدود الحق:

لا تعترف الشريعة الإسلامية بحقوق مطلقة عن كل قيد. فالأصل أن الحق لله تعالى، وإذا خوله للعبد، تحقيقاً لعلة الخلق، وهي في خلافة الله تعالى في الأرض وعبادته سبحانه وتعمير الأرض، ومؤدى ذلك أن يكون استعمال الحق في الحدود التي تحقق هذه العلة، وإذا جاوزها فلا وجود للحق، ولا سند لشرعية الفعل.

---

(٢٤٣) الأستاذ علي الزرقا: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد سنة ١٩٦٥ جـ ٣ فقرة ٣ ص ١٠.

(٢٤٤)، (٢) سورة النساء، الآية رقم ٣٤.

ولكل حق حدوده، فليس من المستطاع وضع قاعدة عامة ترسم حدود جميع الحقوق، إذ لكل حق على حدة فحواه ووظيفته الاجتماعية، ومنهما تستلهم حدوده. وعلى سبيل المثال، فإن الله تعالى حينما قرر للزوج الحق في تأديب زوجته في قوله سبحانه "وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً"[٢٤٥] حدد سبب هذا الحق بأنه "النشوز"، ومن ثم لا محل لتأديب الزوجة إذا لم يصدر عنها ما يعد "نشوزاً" في مدلوله الشرعي. وحدد سبحانه وسيلة التأديب بأنها إحدى وسائل ثلاث، وهي: الوعظ والهجر في المضجع، والضرب: فلا يجوز التأديب بوسيلة غيرها. والمتبادر من الآية أن يكون ترتيب الالتجاء إلى هذه الوسائل وفق الترتيب الذي أوردته الآية، بحيث لا يلتجأ إلى وسيلة إلا عند ثبوت عدم جدوى الوسيلة الأخف منها.

وبناء على ذلك، فإنه يتعين في تطبيق هذا السبب للإباحة تحرى حدود الحق، والتأكد من التزام الفعل هذه الحدود.

٢٧٧- حسن نية مرتكب الفعل:

الحقوق جميعاً غائية، أي أن لكل حق غايته الاجتماعية التي يستهدفها، وهذه العلة مستخلصة من العلة في تخويل الله سبحانه وتعالى بعض حقوقه لفئة من عباده، وهي تمكينهم من الإسهام في تعمير الأرض وخير العباد. فإذا ابتغى من أتى الفعل غاية سوى ذلك لم يكن محققاً بفعله العلة في تخويل ذلك الحق. وعلى سبيل المثال، فإن الحق في التأديب قرر من أجل تهذيب الخاضع له، فإذا ابتغى من له ذلك الحق غاية أخرى كالانتقام أو الحمل على معصية، فليس له أن يستفيد من الإباحة، ولو كان فعله – من حيث جسامته – في الحدود التي حصره الشارع فيها. والتطبيب قرر من أجل العلاج، فإذا ابتغى الطبيب بفعله إجراء تجربة علمية، لم يكن فعله مباحاً، ولو كان هدفه خير البشرية، بالكشف عن وسيلة جديدة للعلاج.

وهذا الشرط ذو طبيعة شخصية، إذ يفترض تحديد الباعث إلى الفعل، والتحقق من مطابقته لغاية الحق.

المبحث الثاني

تطبيقات استعمال الحق

٢٧٨- تقسيم:

تطبيقات استعمال الحق عديدة، إذ تتعدد بتعدد الحقوق التي يقررها القانون، فطالما اعترف القانون بحق، فكل فعل يستعمل به هو بالضرورة مشروع.

وأهم الحقوق التي يثير استعمالها البحث في إباحة الأفعال التي تستعمل بها هي: التأديب، والتطبيب، والفروسية، أي الألعاب الرياضية، على تنوعها.

المطلب الأول

التأديب

٢٧٩- علة الإباحـــــة:

علة التأديب هي تقـــدير الشارع أن مصلحة الأسرة، ومن ورائها مصلحة المجتمع، تقتضي أن تكون لبعض أفرادها سلطة على البعض الآخر، وأن تدعم هذه السلطة بالحق في توقيع الجزاء على من يخرج عليها. وهذه المصلحة ترقى إلى مرتبة اعتبارها حقاً للمجتمع، وترجح على حق الخاضع لسلطة التأديب في سلامة جسمه وعلى بعض حقوق أخرى يحددها القانون[٢٤٦].

والغاية من حق التأديب هي تهذيب من يخضع له وحمله على السلوك الذي يتفق مع مصلحة الأسرة ومصلحة المجتمع، ومن ثم كان من شروط الإباحة استناداً إليه أن يستهدف استعماله تحقيق هذه الغاية.

٢٨٠- الأفعال التي يبيحها حق التأديب:

يبيح حق التأديب بعض أفعال الضرب، هي على وجه التحديد أفعال الضرب الخفيف، وتبين القواعد التي تنظم هذا الحق مقدار جسامة الضرب الذي

---

[٢٤٦] محمود نجيب حسني، قانون العقوبات القسم العام الطبعة السادسة سنة ١٩٨٩ رقم ١٧٤ ص ١٨٣.

يبيحه استعماله. ويعني ذلك أن التأديب لا يبيح الضرب الشديد كالضرب المفضي إلى مرض أو عجز أو المفضي إلى عاهة مستديمة أو الموت، إذ أن مصلحة المجتمع التي يهدف حق التأديب إلى صيانتها لا تقتضي هذه الأفعال، بل إنها لتأباها[٢٤٧].

ولكن ليست أفعال الضرب وحدها التي يبيحها حق التأديب، وإنما يبيح هذا الحق كل فعل لازم وملائم لاستعمال هذا الحق على النحو الذي سبق تفصيله في دراسة الشروط العامة لاستعمال الحق، إذا اقترنت بهذا الفعل نية التهذيب: وتطبيقاً لذلك يبيح حق التأديب تقييد الحرية، إذا تعين وسيلة لازمة لمنع الخاضع للتأديب من أن يسلك سلوكاً غير قويم: فيجوز للأب أن يحظر على ابنته الصغيرة مغادرة المسكن في غيبته، وله أن يستعين على ذلك بحارس أو "بقيد يضعه في رجليها إذا لم يكن فيه تعذيب أو منع من الحركة أو إيلام للبدن"[٢٤٨]. ويبيح حق التأديب كذلك توجيه عبارات التأنيب والتعنيف إذا كانت وسيلة متعينة للنصح والتحذير. ومن هذين المثلين يتضح أن التأديب قد يبيح المساس بحقوق غير سلامة الجسم، كالحق في الحرية والحق في الشرف والاعتبار، ويتضح كذلك أن ضابط الإباحة ليس كون الفعل ماساً بحق أو حقوق معينة، وإنما ضابطه توافر الشروط التي يحددها الشارع لاستعمال هذا الحق، وقد يكون من هذه الشروط مساس هذا الفعل بحق معين.

٢٨١- حالات التأديب:

ترد حالات التأديب إلى اثنتين: تأديب الزوجة وتأديب الصغار.

ونخصص لدراسة كل حالة فرعاً على حدة:

الفرع الأول

تأديب الزوجة

٢٨٢- سند الحق:

---

[٢٤٧] نقض ٥ يونية سنة ١٩٣٣ مجموعة القواعد القانونية جـ ٣ رقم ١٣٦ ص ١٩٠؛ ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ جـ ٣ رقم ١٧٥ ص ٢٢٥.

[٢٤٨] نقض ٤ يناير سنة ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية جـ ٦رقم ٦٢ ص ٨٥.

أقرت الشريعة الإسلامية هذا الحق؛ وسنده قول الله تعالى: «وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً»[٢٤٩]؛ وقوله تعالى: «وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثاً فَاضْرِب بِّهِ وَلاَ تَحْنَثْ إِنَّا وَجَدْنَاهُ صَابِراً نِعْمَ الْعَبْدُ إِنَّهُ أَوَّابٌ»[٢٥٠]. وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال في حجة الوداع «استوصوا بالنساء خيراً فإنما هن عندكم عوان ليس تملكون منهن شيئاً غير ذلك إلا أن يأتين بفاحشة مبينة فإن فعلن فاهجروهن في المضاجع واضربوهن ضرباً غير مبرح فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلاً».

٢٨٣- شروط الإباحة:

لم يطلق الشارع هذا الحق، وإنما أحاطه بقيود عديدة تكفل انحصاره في المجال المتفق مع مصلحة الأسرة والمجتمع؛ ونستطيع رد شروط هذا الحق إلى ثلاثة:

(أولاً) من حيث موضع استعماله: إذ يتعين أن يصدر عن الزوجة سلوك معين يوصف "بالنشوز" حتى يكون لزوجها تأديبها، وفي غير هذا الموضع لا يكون لهذا الحق وجود.

(ثانياً) من حيث وسيلة استعماله: إذ لم يطلق الشارع للزوج اختيار وسيلة التأديب، وإنما حدد وسائل معينة وألزمه بأن يكون التأديب عن طريق إحداها؛ بل إن الشارع لم يطلق للزوج اختيار إحدى الوسائل التي نص عليها، وإنما ألزمه باتباع ترتيب معين بحيث لا يجوز الالتجاء إلى وسيلة إلا إذا التجأ إلى الوسيلة الأقل منها جسامة وثبت له عدم جدواها، وإذا استعمل الزوج حقه عن طريق إحدى هذه الوسائل فإنه يتقيد في استعمالها بقيود معينة.

(ثالثاً) من حيث الغاية من استعماله: إذ يتطلب الشارع أن يكون استعمال هذا الحق متفقاً مع الغاية المستهدفة به.

---

[٢٤٩] سورة النساء، آية رقم ٣٤؛ وانظر في تفسير هذه الآية: محمد بن جرير الطبري، جامع البيان في تفسير القرآن، جـــ٥ ص ٣٧ وما بعدها.

[٢٥٠] سورة ص، آية رقم ٤٤.

ونبين فيما يلي المراد بكل شرط، ونحدد بعد ذلك جزاء تخلفها كلها أو بعضها.

٢٨٤- النشوز:

النشوز كما قدمنا هو موضع استعمال الزوج حقه في تأديب زوجته. والنشوز لغة هو الارتفاع، ويراد به مجازاً الترفع، وهو المقصود في قوله تعالى: «وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ»[٢٥١]، أي تخافون ترفعهن عن طاعتكم؛ وبذلك يكون المراد «بنشوز الزوجة» عصيانها لزوجها فيما أمرها الله أن تطيعه فيه[٢٥٢].

ولكن تعبير «عصيان الزوجة لزوجها فيما أمرها الله أن تطيعه فيه» يحتاج إلى التحديد، إذ ليس كل عصيان من الزوجة لزوجها يقوم به حق تأديبها، فقد يأمر الزوج زوجته بمعصية أو يأمرها بما لا سلطة له عليها فيه، فلا يقوم بعصيانها له حق التأديب، ومن ثم قُيِّد العصيان بأن يكون محله ما أمرت الزوجة أن تطيع فيه زوجها[٢٥٣]، أي ما كان له عليها فيه سلطة أمرها. وفي هذا المجال تتضح وظيفة حق التأديب كضمان وجزاء للسلطة الزوجية، وهو بهذه الصفة وسيلة في يد الزوج لحمل الزوجة على السلوك المتفق مع التنظيم الشرعي للعلاقة بينهما والتنظيم الشرعي للأسرة بصفة عامة.

وقد توسع الفقهاء بعد ذلك في مدلول "النشوز" فجعلوه شاملاً «كل معصية لم يرد في شأنها حد مقرر». وهذا المدلول يتسع بغير شك للعصيان في معناه المتقدم، إذ كل عصيان للزوج في هذا المعنى هو معصية. ولكن تعبير المعصية أعم وأشمل، إذ يتضمن كل ما خالف أمر الشارع ونهيه بصفة عامة ولو لم يكن له شأن بنظام الأسرة[٢٥٤]. على أن بين التعبيرين صلة وثيقة: فالأصل أن للزوج

---

(٢٥١) سورة النساء، الآية رقم ٢٤.

(٢٥٢) «نشوزهن فإنه يعني استعلاءهن على أزواجهن وارتفاعهن عن فرشهم بالمعصية منهن والخلاف عليهم فيم لزمهن طاعتهم فيه بغضاً منهم وإعراضاً عنهم واصل النشوز الارتفاع ومنه قيل للمكان المرتفع من الأرض نشز ونشاز» ابن جرير الطبري جـ٥ ص ٣٨.

(٢٥٣) الطبري جـ٥ ص ٣٨.

(٢٥٤) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، جـ٢ ص ٣٣٤؛ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق جـ ٥ ص ٥٣.

سلطة حمل زوجته على اتباع أوامر الشارع واجتناب نواهيه ومن ثم كانت المعصية عصياناً لأمر من الزوج صريح أو ضمني أو مفترض.

وهذا التوسع في مدلول "النشوز" يجعله فرعاً عما للقاضي من سلطة في تعزير الناس كافة[٢٥٥]، أي أنه سلطة تعزيرية داخل الأسرة، وهذه الصلة بين السلطتين تبرز وظيفة حق التأديب باعتباره وسيلة لجعل النظام في داخل الأسرة متفقاً مع النظام الذي يسود في خارجها ويكفله القاضي؛ وإنما أعطيت سلطة التعزير للزوج لأنه أقدر على استعمالها.

والتوسع في مدلول "النشوز" له قيوده: فالمعصية يتعين ألا يكون قد ورد في شأنها "حد مقرر"، أي ألا تقوم بها جرائم من جرائم الحدود كالسرقة والزنا والقذف ... وهذا القيد هو بعينه ما تتقيد به سلطة القاضي في التعزير إذ مجال التعزير يقتصر على الحالات التي لم يرد في شأنها حد ولم يجب فيها قصاص أو دية. وهذا القيد يبرز الصفة الاحتياطية لحق التأديب: فحيث تبلغ المعصية قدراً واضحاً من الخطورة فيجب فيها الحد لا يكون للتأديب محل، فلم تعد آثارها مقتصرة على الأسرة ولم يعد تعزير الزوج كافياً لمواجهة خطورتها، وإنما غدت تعني المجتمع بأكمله، فتعين أن يكون أمرها للقاضي ليقرر فيها الحد الواجب، وليس لتأديب الزوج موضع إلى جانب الحد. وتتضح الصفة الاحتياطية لحق التأديب كذلك فيما قرره الفقهاء من أن شرط استعماله ألا يكون أمر ما ارتكبته الزوجة قد رفع إلى "الإمام"، أي السلطات العامة، فإن رفع إليه كان له دون الزوج زجرها، إلا إذا رجا صلاحها على يد زوجها، فيكون له أن يكل إليه ذلك[٢٥٦]. ومن أمثلة النشوز، الذي يقوم به حق التأديب خروج الزوجة من منزل زوجها دون إذن منه ومقابلتها غير المحرم وتبذيرها مال الزوج ...[٢٥٧]، ويجوز للزوج – في بعض الآراء – تأديب زوجته المسلمة إذا تركت فرائض الله[٢٥٨].

---

[٢٥٥] وقد استخلص صاحب شرح منح الجليل من كون التأديب تعزيراً أنه لا يجوز للزوج أن يضرب زوجته ضرباً مبرحاً ولو غلب على ظنه أنها لا تترك النشوز إلا به: جـ ٢ ص ١٧٦.

[٢٥٦] منح الجليل جـ٦ ص ١٧٢.

[٢٥٧] انظر أمثلة أخرى في البحر الرائق جـ٥ ص ٥٣.

[٢٥٨] البحر الرائق جـ٥ ص ٥٣.

٢٨٥- وسيلة التأديب:

حددت الشريعة وسائل التأديب ورتبتها ثم اشترطت في بعضها شروطاً تحدد قدر جسامتها.

فوسائل التأديب هي الوعظ، ثم الهجر، ثم الضرب، فلا يجوز التأديب عن طريق وسيلة أشد من ذلك. والوعظ يراد به النصح بالرفق، ولكنه يتسع للوم والتعنيف إن تعين أسلوباً لوعظ الزوجة في صورة مجدية[٢٥٩]، وغني عن البيان أن الزوج لا يسأل جنائياً عن عباراته طالما كان ملتزماً حدود حقه.

وقد رتبت الشريعة وسائل التأديب على النحو السابق، فلا يجوز الالتجاء إلى وسيلة منها إلا إذا ثبت عدم جدوى الوسيلة الأقل منها جسامة: فلا محل للهجر في المضجع إلا إذا ثبت أن الوعظ غير مجد، ولا محل للضرب إلا إذا ثبت أن الوعظ والهجر في المضجع غير مجديين. والحجة في ذلك أن الآية قد اتبعت هذا الترتيب، ثم إن قوله تعالى "فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلاَ تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلاً" يستبعد التأديب إذا تحققت الطاعة[٢٦٠]، ويعني ذلك أنه إذا أجدت وسيلة فتحققت الطاعة بها فلا محل لوسيلة أشد منها؛ وفي النهاية فإن اشتراط لزوم الفعل لاستعمال الحق واشتراط ملاءمته لذلك يقتضيان عدم الالتجاء إلى فعل ذي جسامة معينة إلا إذا ثبت أن ما دونه جسامة وإضراراً لا يجدي في استعمال الحق. وينبني على هذا الترتيب أنه لا يجوز للزوج أن يضرب زوجته لأول معصية أو ثاني معصية، بل إنه لا يجوز له أن يضربها لثالث معصية إذا لم يكن وعظها ثم هجرها من قبل. وإذا كان تهديد الزوجة بوسيلة تأديب كافياً لإصلاحها فلا يجوز الالتجاء إلى هذه الوسيلة فعلاً[٢٦١].

وقد حددت الشريعة جسامة وسائل التأديب بحيث يسأل الزوج إن جاوزها: فالهجر في المضجع قد حدده الفقهاء بما لا يبلغ مدة الإيلاء المقدرة

---

[٢٥٩] انظر في معنى الوعظ: الطبري جـ٥ ص ٣٨.

[٢٦٠] ويقول الكاساني «فظاهر الآية وإن كان بحرف الواو الموضوعة للجمع المطلق لكن المراد منه الجمع على سبيل الترتيب والواو تحتمل ذلك» جـ٢ ص ٣٣٤.

[٢٦١] الدكتور السعيد مصطفى السعيد، مدى استعمال حقوق الزوجية ص ١٩٢.

بأربعة اشهر[٢٦٢]. والضرب مقيد ألا يكون شديداً ولا شائناً، وهذا القيد مستمد من قوله عليه الصلاة والسلام: «... واضربوهن ضرباً غير مبرح»[٢٦٣]. ويعني ذلك أن الضرب الشديد أو الشائن غير جائز للزوج ولو تعين وسيلة للتأديب، أي أنه إذا غلب على ظن الزوج أن الزوجة لا تترك النشوز إلا بضرب شديد أو شائن فليس له أن يؤدبها به[٢٦٤].

٢٨٦- غاية التأديب:

خول الزوج حق التأديب لتهذيب الزوجة وإصلاح نشوزها، ومن ثم كانت إباحة التأديب مقيدة بأن يستهدف به تحقيق هذه الغاية، واستهداف هذه الغاية هو ضابط حسن النية في استعمال هذا الحق. فإن ابتغى الزوج بفعله غير هذه الغاية لم يكن فعله مباحاً: فإن أراد به الانتقام أو التعبير عن كراهية أو أراد به الحمل على معصية أو حمل الزوجة على إنفاق مالها في وجه لا تراه، ففعل الزوج في هذه الحالات غير مشروع ولو التزم – من حيث الجسامة – الحدود التي ترخص بها الشريعة[٢٦٥].

٢٨٧- جزاء تخلف شروط التأديب:

الإباحة استناداً إلى استعمال الحق في تأديب الزوجة تقتضي توافر كل الشروط السابقة، ويعني ذلك أنه إذا انتفى أحدها انتفت الإباحة تبعاً لذلك وأصبح الفعل غير مشروع وقامت من أجله المسئولية الجنائية. وأكثر ما يعرض البحث في تخلف شروط التأديب أن يجاوز الضرب قدر الجسامة الذي ترخص به الشريعة، إذ تقوم بذلك المسئولية الجنائية ولو أثبت الزوج إتيان زوجته معصية وأنه لم يضربها إلا تهذيباً وبعد أن ثبت أن ما دون الضرب من وسائل التأديب

---

[٢٦٢] انظر في الإيلاء: الشوكاني، نيل الأوطارجـ٦ ص ١٨٣ وما بعدها: وقد فسر صاحب منح الجليل الهجر بأنه «ترك الاستمتاع بها والنوم معها في فرش واحد والأولى كونه شهراً وله الزيادة عليه لكن لا يبلغ به أربعة أشهر» جـ٢ ص ١٧٦.

[٢٦٣] «الضرب غير المبرح هو الذي لا يكسر عظماً ولا يشين جارحة شيئاً كالكسر ومثل الضرب غير المبرح اللكزة والصفع» منح الجليل جـ٢ ص ١٧٦.

[٢٦٤] منح الجليل جـ٢ ص ١٧٦.

[٢٦٥] وفي ذلك يقول صاحب منح الجليل (جـ٢ ص ١٧٦) أنه إذا تحقق الزوج أو ظن عدم إفادة الضرب أو شك فيها فلا يضربها لأنها وسيلة إلى إصلاح حالها، والوسيلة لا تشرع عند ظن عدم ترتيب المقصود عليها.

غير مجد في ذلك. وقد طبقت محكمة النقض المصرية هذه القاعدة فقررت أنه إذا ضرب زوج زوجته فأحدث بها سحجين في ظاهر الخنصر وسحجاً في الصدر، فهذا القدر كاف لاعتبار ما وقع منه خارجاً عن حدود حقه المقرر بمقتضى الشريعة ومستوجباً للعقاب[٢٦٦]. وغنى عن البيان أنه إذا كان الضرب لغير التهذيب قامت به المسئولية الجنائية كذلك وتعين العقاب.

ونقتصر في هذا الموضع على ذكر الجزاء الجنائي مغفلين الجزاءات الأخرى، كالتعويض والتطليق، لخروجها عن نطاق هذه الدراسة[٢٦٧].

الفرع الثاني

تأديب الصغار

٢٨٨- تمهيد:

قررت الشريعة الإسلامية حق تأديب الصغار، وهي في هذا المجال قانون واجب التطبيق إذ اعترف الشارع الوضعي لها بالاختصاص في مسائل الولاية على النفس، وهو ما يتحقق في أغلب البلاد العربية. ويعني ذلك أن فعل التأديب مشروع طبقاً للقانون الذي ينظم الولاية على النفس، فيتعين أن يكون مشروعاً كذلك وفقاً لقانون العقوبات: فلا تقوم به جريمة وإن تضمن مساساً بسلامة جسم من يخضع للتأديب، ذلك أن قوانين الدولة كلٌ متسق لا تتناقض أجزاؤه؛ وعلى هذا النحو فتأديب الصغار حق باعتراف الشارع الوضعي، فيقوم باستعماله سبب للإباحة.

وقد حرصت بعض القوانين العربية على الإشارة صراحة إلى هذا الحق (المواد ١٨٦ من قانون العقوبات اللبناني، ١٨٥ من قانون العقوبات السوري، ٧٥ من قانون العقوبات الأردني، ٧٦ من مشروع قانون العقوبات للجمهورية العربية المتحدة)، وهذه الإشارة لم تنشئ الحق، وهي ليست كذلك سند اعتراف الشارع الوضعي به، إذ الحق قائم بإقرار القوانين المنظمة للولاية على النفس له؛ ولا تعدو هذه الإشارة غير أن تكون مجرد تفصيل لتطبيقات استعمال الحق،

---

[٢٦٦] نقض ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة القواعد القانونية جـ٣ رقم ١٧٥ ص ٢٢٥.

[٢٦٧] انظر الدكتور السعيد مصطفى السعيد، مدى استعمال حقوق الزوجية ص ١٩٣.

ولو حذفت ما تغير الحكم في شيء. ونعتقد أن إشارة هذه النصوص إلى «العرف العام» هي إشارة إلى القواعد القانونية المنظمة للولاية على النفس، إذ هي التي حددت هذا العرف وبينت معالمه، وليس فيه ما يخالف القانون، وإن كان فيه ما يكمله، إذ أن العرف المستقر قد يعين على تفسير وتكملة ما تقرره هذه القوانين.

وعلى هذا النحو، فإن تحديد شروط الإباحة يقتضي الرجوع إلى قوانين الولاية على النفس، وقد تكون هذه القوانين – كما قدمنا – هي قواعد الشريعة الإسلامية نفسها. ولكن إذا عدل الشارع الوضعي من هذه القوانين تعين تطبيق ما يقرره، إذ الشريعة الإسلامية لا تكتسب قوة القانون إلا في النطاق وبالصورة اللذين يعترف بهما الشارع الوضعي.

٢٨٩- شروط الإباحة:

شروط الإباحة متعددة: فبعضها يرجع إلى تحديد من له حق التأديب ومن يخضع له، وبعضها يرجع إلى وسيلة التأديب، وفي النهاية تحدد شروط الإباحة الغاية التي ينبغي أن يستهدفها التأديب.

ونفصل فيما يلي المراد بكل شرط منها:

٢٩٠- تحديد من لهم حق التأديب:

أقرت الشريعة الإسلامية هذا الحق للأب ثم لولي النفس أياً كان كالجد والأخ والعم[٢٦٨]؛ ولا صعوبة في تبرير ذلك، فالتأديب فرع عن الولاية على النفس وضرورة لمباشرتها على نحو فعال، فلا يتصور انفصالهما. وتقرر الشريعة هذا الحق كذلك للوصي باعتباره يقوم على شئون الصغير ويتولى الإشراف عليه ورقابته؛ وتقرره للأم لتعليم الصغير بلا خلاف ولتأديبه أيضاً على خلاف في الرأي. وتعترف الشريعة بحق التأديب للمعلم بشرط إذن الأب أو الولي أو الوصي وسواء أن يكون المعلم مدرساً أو ملقن حرفة[٢٦٩].

---

[٢٦٨] حاشية الطهطاوي على الدر المختار شرح تنوير الأبصار جـ٤ ص ٢٧.

[٢٦٩] المبسوط لشمس الدين السرخسي جـ٣٠ ص ٤٨.

هذه هي الأحكام التي تقررها الشريعة الإسلامية في تحديدها من لهم الحق في تأديب الصغير، وهذه الأحكام قد يدخل الشارع الوضعي التعديل عليها من وجهات متعددة:

قد ينص القانون الوضعي على حرمان بعض من قررت لهم الشريعة هذا الحق منه، فتكون نصوص القانون مضيقة بذلك من نطاق هذا الحق. ومن قبيل ذلك ما نص عليه الشارع المصري من منع العقوبات البدنية في معاهد التعليم الحكومية منعاً باتاً (انظر المادة ٣٧ من المرسوم بقانون الصادر في ٢٧ أبريل سنة ١٩٣١ باعتماد اللائحة الداخلية للمعاهد الدينية؛ والمادة ٢١ من القانون رقم ٢١٠ لسنة ١٩٥٣ في شأن تنظيم التعليم الابتدائي، والمادة ٤٨ من القانون رقم ٢١١ لسنة ١٩٥٣ في شأن تنظيم التعليم الثانوي). فإذا صدر الضرب تأديباً عن معلم في معهد تعليم حكومي لم يكن له أن يحتج بقواعد الشريعة الإسلامية لإباحة فعله.

وقد يوسع القانون الوضعي من نطاق هذا الحق فيضيف إلى من ذكرتهم الشريعة أشخاصاً آخرين، فيسعهم تبعاً لذلك الاحتجاج بالقانون الوضعي لإباحة أفعالهم. ومصدر هذا التوسع في تقديرنا النصوص التي تحدد من لهم الرقابة على من هم في حاجة إليها بسبب قصرهم، فالارتباط وثيق بين الرقابة والتأديب، لأن الرقابة لا يمكن أن تباشر في صورة فعالة مجدية ما لم تدعمها سلطة التأديب. وعلى ذلك فإذا قرر القانون لشخص الرقابة على صغير فمعنى ذلك أن يخوله أيضاً تأديبه ما لم ينف ذلك صراحة. بل إن الشارع قد يجيز أن تكون الرقابة على القاصر بناء على اتفاق (انظر على سبيل المثال المادة ١٧٣ من القانون المدني المصري). فإذا ثبتت لشخص على صغير سلطة رقابته، سواء بناء على نص القانون أو بناء على اتفاق يقره القانون، اقتضى ذلك أن يكون له أيضاً تأديبه. فإذا خول الأب الرقابة على ابنه لقريب أو صديق كان له تأديبه؛ وقد يكون الاتفاق ضمنياً، ومن ثم كان للمدرس الخاص وملقن الحرفة سلطة التأديب ولو لم يأذن لهما الأب صراحة، إذ ينطوي الاتفاق بين ولي الصغير والمدرس أو الملقن على وضع الصغير في رقابته فيكون له تبعاً لذلك تأديبه. بل إن الرقابة قد تكون ثمرة الضرورة: فإذا عثر شخص على ابن صديق أو جار له كان ضالاً فأبقاه لديه حتى يتسلمه أبوه كانت له سلطة رقابته أثناء مدة بقائه عنده، وكان له تبعاً لذلك تأديبه.

وقد يوسع العرف من نطاق حق تأديب الصغير: فالعرف، كما قدمنا، يصلح مصدراً للإباحة، وإذا أقر العرف حق التأديب لشخص على صغير، فهو يقره لأن له عليه سلطة رقابته، وبذلك يتسق العرف مع أحكام القانون التي ربطت بين الرقابة والتأديب، وقد أشارت بعض التشريعات العربية إلى إجازة التأديب «على نحو ما يبيحه العرف العام» فكانت بذلك معترفة للعرف بقوته في تحديد الأحكام التي يخضع لها حق التأديب. وعلى هذا النحو، فنحن لا نرى شكاً في أن للمخدوم حق تأديب خادمه الصغير.

٢٩١- تحديد من يخضع لحق التأديب:

يخضع لحق التأديب الصغير، ويراد به من كان خاضعاً للولاية على النفس، فإذا ما انقضت هذه السن انقضت الولاية بدورها فلم يعد لحق التأديب محل. ولا عبرة في هذا الحق بالولاية على المال، فقد تختلف السن التي تنقضي بها الولاية على النفس عن السن التي تنقضي بها الولاية على المال، فتكون العبرة بالأولى دون الثانية. وتحدد الشريعة الإسلامية سن انقضاء الولاية على النفس بالبلوغ، ويستدل عليه بالحلم بالنسبة للفتى والحيض بالنسبة للفتاة، فإن لم تظهر إحدى علامتيه اعتبر متحققاً ببلوغ سن الخامسة عشرة.

٢٩٢- وسيلة التأديب:

وسيلة التأديب قد تكون قولاً وقد تكون فعلاً. أما القول فيراد به التأديب والتعنيف، ولا جدال في جواز الالتجاء إليه، لأنه إذا كان التأديب بالضرب جائزاً تعين إجازة ما دونه من وسائل. وقد أشار مشروع قانون العقوبات للجمهورية العربية المتحدة (المادة ٣٦) إلى «ضروب... التأنيب التي ينزلها بالأولاد آباؤهم وأساتذتهم»، فكان مجيزاً بذلك التأديب عن طريق القول.

أما التأديب عن طريق الفعل فالأصل فيه أن يكون بالضرب، ولكنه يجوز استثناء أن يكون عن طريق أية وسيلة أخرى يرجح أن تكون مجدية في تهذيب الصغير ولا يكون من شأنها إنزال ضرر جسيم به، ومثال ذلك تقييد الحرية.

وليس كل ضرب جائزاً في استعمال حق التأديب، وإنما يتعين أن يكون ضرباً يسيراً. وقد حدد فقهاء الشريعة الشروط التي يتعين توافرها في الضرب حتى يعد يسيراً: فاشترطوا فيه ألا يكون بغير اليد كالسوط أو العصا، وأن تتقى به المواضع المخوفة من الجسم كالرأس والوجه، وألا يتجاوز الثلاث، وألا يكون فاحشاً، والضرب الفاحش هو ما يكسر العظم أو يخرق الجلد[٢٧٠]. وهذه الشروط العديدة هي في تقديرنا قرائن على أن الضرب يسير وداخل تبعاً لذلك في نطاق حق التأديب، وقد رأى فقهاء الشريعة أن في الوقوف عندها ما يكفل أن يكون الضرب يسيراً؛ ولكنا نرى أنه يتعين أن تراعى ظروف كل حالة على حدة: فسن الصغير وحالته الصحية والقوة البدنية لمن يصدر عنه الضرب...، كل هذه ظروف تحدد ما إذا كان الضرب يسيراً أو فاحشاً: فقد تتوافر في الضرب الشروط السابقة التي ذكرها الفقهاء، ومع ذلك يكون فاحشاً لضعف الصغير أو مرضه، وقد يكون غير فاحش ولو انتفت بعض هذه الشروط كما لو تجاوز الثلاث أو كان بعصا إذا كانت بنية الصغير تتحمل ذلك وكان الضرب في هذه الصورة هو الوسيلة المتعينة لتأديب الصغير لأن ما دونها لا يجدي في تأديبه. ونحن نعتقد أنه لا مفر من الاعتراف للقاضي بسلطة تقديرية في تحديد مدى جسامة الضرب ومقدار دخوله في نطاق حق التأديب، وله أن يسترشد بالشروط التي وضعها الفقهاء كقرائن إذا كانت ظروف الدعوى لا تأباها.

ويجوز أن يكون التأديب عن طريق تقييد الحرية إذا تعين وسيلة لمنع الصغير من إتيان سلوك غير قويم. ويتعين أن يكون تقييد الحرية على نحو لا يصيب الصغير بأذى بدني: فيجوز أن يتخذ صورة إقفال الأبواب أو وضع حارس، فإذا لم يكن ذلك ممكناً للأب أو لم يكن مجدياً في منع الصغير من الخروج جاز وضع قيد في قدميه، ولكن يجب أن يراعى في هذه الحالة ألا يكون من شأن هذا القيد تعذيب أو منع من الحركة أو إيلام للبدن[٢٧١].

٢٩٣- غاية التأديب:

[٢٧٠] انظر الدكتور السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات سنة ١٩٦٢ ص ١٧٩.

[٢٧١] نقض ٤ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية جـ٦ رقم ٦٢ ص ٨٥.

التأديب مقرر للتهذيب والتعليم، فإن ابتغيت به غاية خلاف ذلك لم يكن فعل التأديب مباحاً. فإذا استهدف بفعل التأديب الانتقام من الصغير أو ذويه أو دفعه إلى منكر قامت المسئولية الجنائية كاملة عن هذا الفعل[٢٧٢].

٢٩٤- جزاء تخلف أحد شروط التأديب:

إذا انتفى أحد شروط التأديب فليس للإباحة محل، ومن ثم يسأل مرتكب الفعل عنه ويوقع عليه العقاب. وأكثر ما يثور فيه البحث من الوجهة العملية هو أن تكون وسيلة التأديب خارجة عن نطاق هذا الحق كأن يكون الضرب فاحشاً أو وضع القيد منطوياً على تعذيب بدني، ولا شك في قيام المسئولية الجنائية بذلك. وقد طبقت محكمة النقض المصرية ذلك، فقررت أن «التأديب المباح شرعاً لا يجوز أن يتعدى الضرب البسيط الذي لا يحدث كسراً أو جرحاً، ولا يترك أثراً، ولا ينشأ عنه مرض. فإذا ربط والد ابنته بحبل ربطاً محكماً في عضديها، أحدث عندها غنغرينا سببت وفاتها يسأل الأب عن ذلك ويحق عليه العقاب.[٢٧٣]

---

[٢٧٢] الدكتور السعيد مصطفى السعيد ص ١٧٩.

[٢٧٣] نقض ٥ يونية سنة ١٩٣٣ مجموعة القواعد القانونية جـ ٣ رقم ١٣٦ ص ١٩٠.

المطلب الثاني

التطــبيب

٢٩٥- علة الإباحة:

اختلف الفقه الإسلامي في تحديد علة إباحة العمل الطبي: فالإمام أبو حنيفة يحدد هذه العلة بأنها الضرورة الاجتماعية التي تقتضي وجود أطباء يعالجون المرضى، مما يقتضي إباحة عملهم كي لا يحجم الناس عن مباشرة هذه المهنة، وإتيان الأعمال التي تمارس بها، ويرتبط بالضرورة الاجتماعية المنفعة الاجتماعية، إذ أن ممارسة العمل الطبي تصون صحة العباد، وقدراتهم على خدمة المجتمع ونفع الناس، وفي ذلك منفعة اجتماعية لا شك فيها. ويضيف الإمام إلى ذلك علة تساند هذه العلة الأولى، مضمونها إذن المريض – أو من يمثله قانوناً – إذ مضمون هذا الإذن أن المريض يرى العمل الطبي في مصلحته، فينتفي مقتضى مسئوليته.

ويرى الإمامان الشافعي وأحمد أن علة الإباحة هي إذن المريض، وقصد الطبيب مصلحة المريض، وموافقة العمل لمقتضيات الخبرة والعلم الطبي.

ويذهب الإمام مالك إلى تحديد هذه العلة في تصريح ولي الأمر للطبيب بممارسة مهنته، وإذن المريض بالتعرض لجسمه. والشق الأول من العلة يشير إلى تصريح عام بممارسة الأعمال الطبية، والشق الثاني منها يشير إلى تصريح خاص بممارسة هذه الأعمال بالنسبة لشخص معين بالذات.

٢٩٦- هل ممارسة العمل الطبي حق أم واجب في الفقه الإسلامي؟

يبدو من استقراء اتجاهات الفقه الإسلامي أن التطبيب فرض كفاية على من توافرت له أهلية ممارسته: ذلك أن المجتمع في حاجة إلى صيانة صحة أفراده، والإبقاء على قواهم وإمكاناتهم البدنية والعقلية كي يكون المجتمع قوياً بقوتهم، قادراً على تعمير الأرض وحماية الدين. والنتيجة الحتمية لذلك هي وجوب أن يمارس الطب من هم أهل لذلك، ومن ثم كان فرضاً عليهم. وهو فرض كفاية في معنى أنه إذا باشر العدد الذي تقتضيه حاجة المجتمع، سقط ذلك الفرض عن سائرهم. والنتيجة التي تترتب على اعتبار التطبيب فرضاً أنه لا يجوز لمن كان أهلاً للتطبيب أن يمتنع عن تقديم عنايته إلى من يحتاج إليها، وأن

للدولة أن توزع الأطباء في أنحاء الدولة، بحيث لا يفيضون عن الحاجة في منطقة، ويندرون في أخرى.

ونرى أنه لا تعارض بين اعتبار التطبيب فرضاً واعتباره حقاً: فهو فرض حتى تحصل الدولة على حاجتها من الأطباء، فإذا قام الطبيب بعمله كان من حقه أن يمارسه في الصورة التي يراها أدنى إلى مصلحة المريض، طالما أنه يفعل ذلك وفقاً لأصول العلم والخبرة الطبية، ونتيجة اعتباره التطبيب حقاً أنه لا مسئولية على الطبيب إذا فشل عمله، فمات المريض أو ساءت صحته، طالما لم يصدر عنه خطأ.

ونحن نرى أن التجريم الذي يمكن أن يدخل في نطاقه العمل الطبي، هو اعتباره جرحاً أو إعطاء لمادة ضارة، وهو مالا محل له، ذلك أن علة تجريم الجرح أو إعطاء المادة الضارة هو مساس الفعل بمصلحة المريض في صيانة صحته، ولما كان العمل الطبي ليس من شأنه ذلك، بل على عكس ذلك فإن من شأنه صيانة صحته، فإن مؤدى ذلك انتفاء علة التجريم أصلاً، الأمر الذي يعني أن هذا الفعل يقع في نطاق الإباحة الأصلية، ومن ثم لا حاجة إلى البحث عن سبب إباحة خاص.

ونرى أن هذا التعليل يبقى صحيحاً، ولو فشل العمل الطبي، فساءت حالة المريض، ذلك أن تكييف الفعل إنما يكون وقت ارتكابه، فإذا كان في ذلك الوقت من شأنه صيانة صحة المريض، اكتسب صفة مشروعة، وهذه الصفة تبقى له، فلا يزيلها تداخل عوامل – لم يكن في وسع الطبيب أن يعلم بها – غيرت من اتجاه الفعل، وأفضت إلى نتيجة سيئة.

٢٩٧– شروط الإباحة:

توافر سبب إباحة العمل الطبي يقتضي توافر الشروط الآتية: ترخيص ولي الأمر؛ ورضاء المريض؛ وقصد العلاج لدى الطبيب.

٢٩٨– ترخيص ولي الأمر:

تقتضي إباحة العمل الطبي ترخيص ولي الأمر، أي سلطات الدولة المختصة لمن أتى العمل الطبي بممارسة مهنة الطب. وعلة هذا الشرط أن هذه الممارسة تقتضي أهليتها من حيث العلم والخبرة، فليس في قدرة أي شخص أن

يكون طبيباً. والسلطات المختصة هي التي تراقب توافر هذه الشروط، فإن قدرت توافرها منحت من يريد ممارسة المهنة الطبية الترخيص بذلك. وأهم هذه الشروط أن يكون طالب الترخيص قد حصل العلم والخبرة اللازمين لممارسة مهنة الطب. ويشترط كذلك للحصول على هذا الترخيص حسن سلوك من يعطي له، وانتماؤه إلى جنسية الدولة التي تعطي الترخيص. وعلة ذلك التحقق من الصلاحية الأخلاقية في مهنة تتطلب فيمن يمارسها قدراً متوسطاً من الأخلاق والانتماء إلى الدولة. ولا يشترط في الفقه الإسلامي أن يكون الطبيب مسلماً، فيجوز أن يكون ذمياً أو مستأمناً، إعمالاً لأصل أن "لهم ما لنا وعليهم ما علينا"، ولأن المجتمع الإسلامي قد يفيد من خبرة طبيب غير مسلم.

والأصل في الترخيص أن يكون عاماً شاملاً يتسع لجميع الأعمال الطبية، ولكن يجوز أن يقصره الشارع الوضعي على بعضها، كما لو قصر الأعمال الهامة على الأطباء الذين حازوا خبرة خاصة. ويجوز أن يمنح الشارع لغير الأطباء ترخيصاً بمزاولة أعمال طبية بسيطة، مثل الترخيص للمولدات بالتوليد في الولادات اليسيرة أو الترخيص للممرضين بالتغيير على الجروح اليسيرة.

٢٩٩- رضاء المريض:

لا يباح العمل الطبي – في أدنى صوره – إلا إذا رضى به المريض. وعلة هذا الشرط رعاية ما لجسم المريض من حصانة، بحيث لا يجوز المساس به إلا بإذن صاحبه. فالشارع أباح للطبيب علاج الناس إذا دعوه لذلك، ولم يرخص له إخضاعهم للعلاج على الرغم منهم، ولو كان يقدر الحاجة الماسة للمريض إلى العلاج الذي باشره عليه.

ويقتضي هذا الشرط بداهة علم المريض بالعلاج الذي سوف يباشره الطبيب، فالرضاء باعتباره توجيهاً للإرادة لا يثور بغير علم تستند إليه هذه الإرادة. وبناء على ذلك، فإنه يشترط أن يخطر الطبيب المريض بنوع العمل الطبي الذي سوف يقوم به، ويكفي في ذلك بيان إجمالي، إذ لا يسع المريض أن يفهم بياناً تفصيلياً للعمل؟ وهو ليس في حاجة إليه، طالما أنه يثق في الطبيب.

والأصل في الرضاء أن يكون صريحاً. وقد يحرص الطبيب على أن يكون الرضاء كتابياً، حماية لنفسه من الإدعاء عليه بأنه باشر العمل الطبي دون رضاء من المريض. ولكن يجوز أن يكون الرضاء ضمنياً، كما لو أخطر

الطبيب المريض بالعمل الجراحي الذي يحتاج إليه، وقال له إنه في حالة موافقته عليه، يذهب إلى مستشفى معين يباشر فيه الطبيب عمله في وقت معين، فذهب المريض إلى هذا المستشفى في ذلك الوقت. بل إنه يجوز أن يفترض الرضاء، إذا كان المريض عاجزاً عن التعبير عن إرادته لإغماء أصابه، ولم يكن له ممثل يحل محله في التعبير عن إرادته، ولم يكن في ظروفه ما يحمل على الاعتقاد برفضه العمل الطبي. وأساس هذا الافتراض أن الرغبة في إنقاذ الحياة أو التخلص من المرض أمر طبيعي لدى كل شخص عادي.

والأصل أن يصدر الرضاء من المريض نفسه، ولكن يجوز أن يصدر ممن نصب ممثلاً له، كولي الصغير أو القيم على غير ذي الأهلية.

٣٠٠- قصد العلاج:

قصد العلاج هو غاية العمل الطبي، ولذلك تعين أن يستهدفه العمل الطبي. ويفهم "العلاج" في المدلول الواسع الذي سلف تفصيله، من اشتماله على تخليص المريض من مرضه، ومجرد تخفيف آلامه، واشتماله كذلك على الكشف عن أسباب المرض أو وقاية شخص صحيح من الإصابة بمرض. ويتسع كذلك لعمليات التجميل إذا كان هدفها إعطاء عضو في جسم المريض شكله الطبيعي الذي عرض له تشويه، إذ يكون ذلك عودة بجزء من الجسم إلى وضعه الطبيعي، ويدخل ذلك في نطاق العلاج في مدلول واسع. بل نرى أن يدخل في نطاق ذلك مجـــرد تحسين منظر الجسم، كعلاج بروز في الفـــك أو اعوجـــاج في الأنف أو خشونة في الشعر، أو العودة بالجسم إلى الصورة الطبيعية المعتادة.

وتثور الصعوبة بالنسبة لأنواع خاصة من الأعمال الطبية، اتسع نطاقها في الوقت الحاضر، بسبب تقدم الأساليب الطبية، مما جعل إجراءها يسيراً. ونشير بالذات إلى أعمال التعقيم والإجهاض، ونقل الدم.

٣٠١- عمليات التعقيم والإجهاض ونقل الدم:

يثور الخلاف في الفقه حول إباحة هذه العمليات، ويرجع الخلاف إلى كونها لا تستهدف العلاج مما يعني أنه لا يتوافر لها أحد شروط الإباحة. وللفصل برأي في هذا الخلاف، يتعين البحث في كل منها على حدة.

فعمليات التعقيم والإجهاض لا يباح للطبيب القيام بها، إلا إذا كانت ضـــرورية وملائمـــة لإنقاذ المريض من مرضه، أو وقايته من متاعب صحية لا يتحملها، ففي هذه الحالة تُعَدُّ أعمالاً علاجية، وفي غير هذه الحالة لا يكون محل لإباحتها. [٢٧٤]

أما عمليات نقل الدم فهي دون شك مشروعة بالنسبة لمن ينقل الدم إليه، إذ تُعَدُّ علاجاً؛ وهي مشروعة كذلك بالنسبة لمن ينقل الدم منه، وتفسير ذلك أنه إذا كان المساس الذي يحدثه الفعل بسلامة الجسم يسيراً بحيث لا يحول بين من تعرض له وبين أداء وظيفته الاجتماعية على النحو العادي المألوف، فإن الرضاء به يكون سبباً لإباحته[٢٧٥].

المطلب الثالث

ممارسة ألعاب الفروسية
وسائر الألعاب الرياضية

٣٠٢- تمهيد:

يطلق تعبير ألعاب الفروسية – في الفقه الإسلامي – على كل ما يشمله تعبير "الألعاب الرياضية" في الفقه الوضعي المعاصر، وإنما استعمل الفقه الإسلامي تعبير الفروسية باعتبارها كانت النوع السائد والأهم من صور الألعاب الرياضية. ويطلق تعبير "العلاج" على رفع الأثقال. حتى أنه يجتمع في نطاق سبب الإباحة محل البحث كل الألعاب الرياضية في مدلولها وشمولها إذ لا مبرر من المنطق للتمييز بينها من حيث الحكم. [٢٧٦]

٣٠٣- النصوص الشرعية في شأن ألعاب الفروسية:

أرجع الفقهاء إباحة الألعاب الرياضية إلى النصوص التي تأمر بتقوية الجسم، باعتبار أن من شأن ذلك قوة المجتمع ومنعته في مواجهة الأعداء. وأهم

---

[٢٧٤] انظر في ذلك مؤلفنا في شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، سنة ١٩٨٨رقم ٦٨٩ ص ٥٠٦.

[٢٧٥] د. محمود نجيب حسني، الحق في سلامة الجسم ومدى الحماية التي يكفلها له قانون العقوبات، مجلة القانون والاقتصاد س ٢٩ (١٩٥٩) ص ٥٦٨.

[٢٧٦] الأستاذ عبد القادر عودة رقم ٣٧٠ ص ٥٢٥.

هذه النصوص هي قول الله تعالى «وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا اسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدْوَّ اللّهِ وَعَدُوَّكُمْ»[٢٧٧]، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «ألا إن القوة الرمي ألا إن القوة الرمي»، وقوله كذلك «المسلم القوي خير من المسلم الضعيف».

ووردت بعض النصوص في هذا الشأن عن الصحابة: فمن ذلك كتاب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب إلى أبي عبيدة الجراح «علموا أولادكم العوم ومقاتليكم الرمي»، وكتابه إلى أحد عماله من ولاة الأمصار «اخشوشنوا واخلولقوا واقطعوا الركب وانزوا على الخيل نزواً».

٣٠٤- علة الإباحة:

توصف ممارسة ألعاب الفروسية في الفقه الإسلامي بأنها «فرض كفاية»، بحيث إذا مارسها البعض بما يكفي لتحقيق الغرض الاجتماعي سقط عن سائر أفراد الأمة فرض مباشرتها. فإذا كان القيام بها فرضاً اقتضى ذلك بالضرورة إباحة الأفعال التي تمارس بها. وبناء على ذلك، فإن علة الإباحة هي الفكرة العامة في أداء الواجب. وسند "فرضية" ألعاب الفروسية أن قوة المجتمع الإسلامي في الخارج من حيث الدفاع في مواجهة الأعداء، وقوته في الداخل من حيث مباشرة أنواع النشاط التي تحفظ له كيانه وتضمن تقدمه ونماءه، كل ذلك يتطلب أن يكون أفراده على قدر كاف من اللياقة البدنية يتيح له ذلك.

٣٠٥- نطاق الإباحة:

يتسع نطاق الإباحة لجميع الألعاب التي يقرها "العرف الرياضي"، في زمن معين، وبلد معين. وهذه الألعاب في الوضع الغالب على نوعين: ألعاب تفترض العنف بطبيعتها، فهي عنف متبادل بين المشتركين فيها، ومثالها الملاكمة والمصارعة، وألعاب لا يعتبر العنف عنصرها، ولكن قد تترتب على مباشرتها مع الالتزام بقواعدها إصابات لبعض المشتركين فيها، مثل كرة القدم أو كرة اليد. ولما كان النوعان يتكاملان، إذ يسهمان معاً في تحقيق علة الإباحة، فإن الإباحة تمتد إليهما.

---

[٢٧٧] سورة الأنفال، الآية رقم ٦٠.

وإذا كان ازدهار لعبة معينة مقتضياً تقرير جائزة للشخص أو الفريق الذي يفوز في اللعبة، فلا حرمة في تقرير الجائزة ومنحها للفائز في المباراة، استناداً إلى أصل أن "ما لا يكون الواجب إلا به فهو واجب كذلك" وذلك على الرغم مما يتصف به منح الجائزة من "غرر"، فالأصل السابق يستوجب التغاضي عن ذلك الغرر.

والأصل أن تدبير مال الجائزة يكون من بيت المال، باعتبار أن الدولة هي المنوط بها أصلاً توفير مقتضيات أداء الواجب؛ إلا أنه لا حرج في أن يوفر هذا المال أي شخص أو هيئة خاصة، استناداً إلى أصل وجوب أو جواز إسهام أبناء المجتمع الإسلامي فيما يعود عليه بالخير.

٣٠٦- شــروط الإباحــة:

أن إباحة فعل العنف الذي تفترضه بعض الألعاب الرياضية أو يرتبط بممارسة الألعاب النى لا تفترض بطبيعتها العنف يرتهن بتوافر شروط، تستخلص من الوظيفة الاجتماعية لهذه الألعاب.

وهذه الشروط ثلاثة:

أولاً: يتعين أن تكون اللعبة من الألعاب التي يقرها العرف الرياضي، ومظهر هذا الإقرار أن يضع لها القواعد التي تمارس اللعبة وفقاً لها، وأن يضع كذلك الجزاءات للإخلال بهذه القواعد. ويرتبط بهذه القواعد أن تستقر تقاليد يتكون بها أخلاقيات ممارسة اللعبة.

وعلة هذا الشرط وجوب التحقق من اتساق اللعبة مع مصلحة المجتمع، ذلك أن اللعبة التي لا يقرها العرف الرياضي، كالمبارزة يغلب ألا تحقق مصلحة المجتمع.

ثانياً: يجب أن تكون أفعال العنف أو الأفعال التي أدت إلى المساس بسلامة الجسم قد ارتكبت أثناء المباراة الرياضية، فإن كانت قبل بدئها أو بعد انتهائها، فلا إباحة.

وعلة هذا الشرط أن للإباحة مجالاً زمنياً تنحصر فيه، هو زمن مباشرة اللعبة، وهذا الزمن هو الوقت الذي تجرى فيه المباراة. ذلك أن هذا الزمن هو الذي يمكن أن يراقب فيه اتباع اللعبة للقواعد والتقاليد التي أقرها العرف الرياضي.

ثالثاً: يتعين اتساق الفعل والقواعـــد التي أقرها العرف الرياضي للعبة إذ لا يُطمأن إلى تحقيق اللعبة علتها، إلا باتساقها مع هذه القواعد.

وبناء على هذا الشرط، فإنه إذا تعمد اللاعب الخروج على القواعد السابقة كان مسئولاً عمداً عن الإصابات التي ترتبت على هذا الخروج. وإذا كان خروجه عليها ثمرة خطأ، كان مسئولاً عنها مسئولية غير عمدية.

المبحث الثاني

دفع الصائل

(الدفاع الشرعي)

٣٠٧- تعريف:

دفع الصائل هو استعمال المصال عليه القوة اللازمة والمناسبة لصد خطر حال يهدد النفس أو المال، سواء هدد هذا الخطر حق المصال عليه أو حق شخص آخر.

ويتضح من هذا التعريف أن دفع الصائل يفترض فعلاً يهدد بالخطر حقاً، ويفترض بعد ذلك فعلاً آخر يواجه ذلك الخطر لدفعه وحماية الحق من الإهدار. وتتطلب الشريعة في الفعلين شروطاً، فإذا انتفت كلها أو بعضها لم يكن لدفع الصائل وجود.

٣٠٨- النصوص الشرعية التي يستند إليها دفع الصائل:

أهم هذه النصوص هي قول الله تعالي "فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ"[٢٧٨]. وتشير هذه الآية إلي الاعتداء الفعلي وتقدر العقاب عليه بمثله، وتشير كذلك إلي الاعتداء المحتمل، وهو ما يقوم به دفع الصائل، وتقدر استعمال وسيلة مماثلة لصد هذا الخطر.

ويستند دفع الصائل كذلك إلي قول رسول الله صلي الله عليه وسلم في شأن شخص عض يد آخر، فانتزع المجني عليه يده من فم المعتدي، فسقطت

---

[٢٧٨] سورة البقرة، الآية رقم ١٩٤.

ثنيته، أي مقدمة أسنانه، فأهدر الرسول إصابته، "أفيدع يده في فيك تقضمها قضم الفحل"، مما يعني أنه صلي الله عليه وسلم أباح فعل إسقاط الثنية باعتباره دفعا للخطر المترتب علي قضم اليد. ويستند دفع الصائل أيضاً إلي قول الرسول صلي الله عليه وسلم "من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد"، وقوله "لو أن امرأً اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه ولم يكن عليك جناح".

٣٠٩- التكييف الشرعي لدفع الصائل:

يدور التكييف الشرعي لدفع الصائل حول ما إذا كان واجباً على المصول عليه أم كان مجرد حق له، والفرق بين الرأيين إذا اعتبر واجباً التزم المصال عليه بالدفاع عن الحق المهدد بالخطر، وكان آثماً بترك ذلك الواجب، ويعاقب على ذلك أخروياً، ويجوز أن يعاقب عليه كذلك عقوبة تعزيرية إذا رأت السلطات المختصة ذلك.

وهناك موضوع لا خلاف عليه، محله إذا كان الصول على العرض؛ إذ يلتزم المصول عليه بدفعه، ويلتزم غيره كذلك بدفعه. فإذا هدد رجل امرأة بالاعتداء على عرضها التزمت بدفعه، لأن امتناعها عنه، مع قدرتها على ذلك هو تمكين للغير من عرضها، وهو غير جائز لها، إذ هو من قبيل "العون على الزنى". وإذا شاهد شخص آخر هذا الاعتداء، وقدر لأسباب معقولة أنه وشيك، كان عليه دفعـــه، لأن امتنــاعه هــو في حكم تمكين شخص من الاعتداء على عرض غيره.

أما إذا كان الخطر يهدد النفس أو المال، فإن وجه الرأي موضع خلاف: إذا هدد الخطر النفس، فإن بعض الفقهاء يرون دفعه واجباً، والقائلون بذلك هم الحنفية والمالكية والشافعية. ويذهب رأي أغلب أنصاره من الحنابلة إلى أنه حق، وحجتهم في ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم «كن عبد الله المقتول ولا تكن عبد الله القاتل»، ويحتجون كذلك في أثر عن عثمان بن عفان رضي الله عنه حين ترك قتال الثوار، مع قدرته على ذلك، فمكنهم من نفسه، فقتلوه.

وإذا هدد الخطر المال، فالرأي الغالب هو اعتبار الدفع حقاً فهو جائز للحصول عليه غير واجب عليه. ويحتجون لذلك بأن المال يقبل كأصل عام "الإباحة" أي التنازل عنه، فيعتبر امتناع المصال عليه عن الدفاع بمثابة إباحته للصائل، فلا يسأل عن امتناعه.

ويستثنى بعض الفقهاء من هذا القول حالة ما إذا كان المال حيواناً أو كان لغير المصول عليه حق عليه كراهن أو مودع أو موقوف عليه، إذ يكون التنازل غير جائز لمساسه بحق لا يجوز للمصال عليه إهداره، إذ لا يجوز له إهدار حق ليس له.

ونرى أن الأجدر هو إسباغ تكييف واحد على دفع الصائل، في جميع حالاته: ذلك أن المشكلة تعرض فيها على ذات النحو، وتقوم فيها على عين العناصر: ففيها جميعاً فعل يهدد بالإهدار حقاً، وفعل يرتكب لحماية هذا الحق من الإهدار.

ونرى بناء على ذلك تكييف دفع الصائل في جميع حالاته بأنه "واجب"، ونقول بذلك استناداً إلى أصول الشريعة الإسلامية ومبادئها الأساسية: إذ هي تقوم على مبدأ التكافل الاجتماعي، وإشراك جميع الناس في حماية مصالحهم ومصالح غيرهم، إذ هذه المصالح – في حقيقتها – حقوق لله تعالى، وحمايتها هي حماية للمجتمع من الفوضى، بل ومن الانهيار، وترك هذه الحماية هو تمكين للمعتدين من إتيان أفعالهم المعادية للمجتمع. وما استند إليه من يرون غير ذلك من نصوص غير حاسمة في دعم رأيهم: فحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم «كن عبد الله المقتول ولا تكن عبد الله القاتل» هو دعوة إلى تجنب الفتن التي تجلب على المجتمع الدمار، وهو ذات ما فعله عثمان بن عفان رضي الله عنه حين كادت الفتنة تعصف بالمجتمع، فأراد أن يضحي بنفسه حماية للمجتمع.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن المصلحة في تأصيل الفقه وإرساء نظرياته تقتضي وضع تكييف واحد لذات النظام، إذ بغير ذلك قد يغيب التجانس عن جزئيات وفروض هذا النظام.

٣١٠- شروط دفع الصائل:

قدمنا أن دفع الصائل يفترض فعلين: فعل صيال، وفعل دفع. وهذا التقسيم مستنبط من ذات التعبير عن هذا النظام.

وتتطلب الشريعة الإسلامية في كل فعل شروطاً كي يستقيم وجود "دفع الصائل كنظام شرعي".

المطلب الأول

شروط الصيال

٣١١- بيان شروط الصيال:

فعل الصيال هو في ذاته "فعل الاعتداء" الذي يتجه دفع الصائل إلى درئه، ويمكن القول في عبارة أدق بأنه "فعل التهديد بخطر الاعتداء"، ذلك أن الدفع يتجه إلى ذلك الخطر، أي خطر الاعتداء، ليحول دون تحوله إلى اعتداء فعلي. وبناء على ذلك، يمكن القول بأن شروط الصيال متطلبة في خطر الاعتداء، وهدفها مواجهة هذا الخطر لدرئه.

واستناداً إلى ذلك، فإنه إذا لم يوجد خطر، لأنه لم يرتكب فعل، فليس لدفع الصائل محل. وتطبيقاً لذلك، فإنه إذا علم شخص أن آخر ينتوي الاعتداء عليه أو على شخص عزيز عليه، ولكن لم يصدر عنه فعل يهدده بالخطر، فليس له أن يؤذيه مدعياً أنه يدفع صيالاً، ذلك أنه إذا لم يوجد فعل ينذر بخطر فليس للصيال محل.

ويتطلب في فعل الصيال شرطان: أن يكون فعلاً غير مشروع، وأن يكون حالاً.

٣١٢- توسع الشريعة الإسلامية في تحديد فعل الصيال:

إذا توافر الشرطان السابقان، فإن الشريعة الإسلامية تتوسع في تحديد فعل الصيال: فيستوي أن يهدد الخطر نفس المصال عليه أو عرضه أو ماله، فجميعها مصالح يحرص الشارع على حمايتها لأصحابها، ومن ثم كان لصاحب المصلحة حمايتها إذا لم تسعفه السلطات العامة على ذلك. ويستوي في الشريعة الإسلامية أن يهدد الخطر مصلحة للمصال عليه أو مصلحة لغيره، بل يجوز أن يكون المصال عليه هو مرتكب الفعل الذي من شأنه إيذاؤه في مصلحة له: فيجوز الاحتجاج "بدفع الصائل" لدرء خطر يهدد نفس أو عرض أو مال شخص آخر، ولا يتطلب توافر صلة تجمع بين من يباشر دفع الصائل ومن يهدده الخطر، فمن الجائز أن يكون غريباً عنه، ولا يشترط أن يكون مسلماً، وعلة ذلك ما تقرره الشريعة من تكافل اجتماعي بين العباد جميعاً. بل إنه يجوز أن يكون

مصدر الخطر هو ذات الشخص المهدد به، والذي يتجه دفع الصائل إلى درئه: فمن يشاهد شخصاً يحاول الانتحار أو إصابة نفسه، فيأتي فعلاً للحيلولة بينه وبين ذلك، يستطيع الاحتجاج بدفع الصائل. وعلة ذلك التوسع هو ما قدمنا من تقرير الشريعة التكافل الاجتماعي، ولو كان الشخص المراد حمايته مخطئاً.

والأصل أن ينشأ خطر الاعتداء عن فعل إيجابي. ولكن يتصور نشوؤه في بعض ظروف عن مجرد الامتناع: فإذا لاحظ شخص أن امرأة قد امتنعت عن إرضاع وليدها، فبات مهدداً بخطر الموت جوعاً، كان له أن يأتي الفعل الذي يدرأ به هذا الخطر، كأن ينتزع الطفل ليعهد به إلى من تقوم بإرضاعه أو يضرب الأم لحملها على إرضاعه.

وبعد أن عرضنا على هذا النحو مدى توسع الشريعة الإسلامية في تحديد فعل الصيال، نشير إلى شرطين: عدم مشروعيته، وحلوله، وهما شرطان من شأنهما التضييق من نطاقه.

(١) عدم مشروعية الخطر

٣١٣- تمهيد:

يشترط في الخطر الذي يقوم به دفع الصائل أن يكون "غير مشروع". ويتصل هذا الشرط بعلة دفع الصائل، هذه العلة – على ما قدمنا – هي حماية مصلحة قدر الشارع جدارتها بالحماية وهو ما يفترض عدم مشروعية الخطر الذي يهدد تلك المصلحة، أما إذا كان ذلك الخطر مشروعاً، لأن الفعل الذي يصدر عنه يجري في نطاق ما يجيزه الشارع أو يوجبه، أي كان ذلك الفعل في ذاته مشروعاً، فإن الخطر الذي يهدد به هو بالضرورة مشروع، ومن ثم لا محل للاحتجاج في مواجهته بدفع الصائل.

ويترتب على تطلب هذا الشرط نتيجتان: عدم جواز الاحتجاج بدفع الصائل إذا توافر لمصلحة الصائل سبب إباحة؛ وجواز الاحتجاج بدفع الصائل ضد كل فعل يهدد بخطر غير مشروع، ولو توافر لمصلحته سبب يحول دون مسئوليته أو عقابه.

٣١٤- عدم جواز الاحتجاج بدفع الصائل إذا توافر لمصلحة الصائل سبب إباحة:

إذا توافر لمصلحة الصائل سبب إباحة، فمؤدى ذلك أن فعله مشروع، وأن الخطر الذي يهدد به هو كذلك مشروع، وبناء على ذلك لا يكون محل للاحتجاج بدفع الصائل لمواجهته. وتطبيقاً لذلك، فإنه إذا صدر عن الزوج أو الأب فعل تأديب لزوجته أو ابنه في نطاق ما تقرره الشريعة، فلا يجوز دفع هذا الفعل. وإذا كلف الجلاد على وجه شرعي تنفيذ حكم الإعدام أو قطع عضو، فلا يجوز دفع هذا الفعل. وإذا صدر عن المصال عليه فعل دفع في حدود حقه، فليس للصائل أن يدفع هذا الفعل، ذلك أنه فعل مشروع، والخطر الذي يهدد به مشروع، ومن ثم لم يكن محل لدفعه. فإذا دفعه الصائل مع ذلك، ففعل الدفع غير مشروع ويعاقب عليه: فالمصال عليه معصوم طالما كان في حدود حقه، ودم الصائل هدر بناء على ذلك، ولا يهدر معصوم بمهدور.[٢٧٩]

ولكن نفي دفع الصائل موضعه أن يلتزم الفاعل حدود الإباحة المقررة له، أما إذا تجاوزها فقد انتفى سبب مشروعية فعله، وصار غير مشروع وساغ دفعه: فإذا كانت الأفعال التي يدعى الزوج أو الأب حق التأديب لغير معصية، أو تجاوزت في جسامتها الحدود التي يرخص بها الشارع، فإن دفعها يكون جائزاً. وإذا تجاوز المصال عليه حدود حقه في دفع الصيال عليه، كان فعل المصال عليه في القدر الذي تجاوز به حدود حقه، فعلاً غير مشروع وجاز دفعه: فإذا كانت الكفاية في دفع الصائل هي في إتيان فعل ضرب أو جرح، ولكن صدر عن المصال عليه فعل يهدد بالموت، فللصائل أن يدفع فعل المصال عليه في حدود تجاوزه.

٣١٥- هل يشترط أن يكون الصائل مستحقاً للعقاب من أجل فعل صياله:

قـــد يكون الصائل غير مستحق للمسئولية والعقاب من أجل فعل صياله على الرغم من ثبوت عدم مشروعية فعله، فهل يجوز دفع صياله؟ مثال ذلك أن يصدر الصيال عن مجنون أو عن صبي غير مميز أو عن سكران اضطراراً أو عن مكره، فهل يجوز لمن يهدده هذا الصيال أن يأتي الفعل الذي يدفعه به.

---

[٢٧٩] الأستاذ عبد القادر عودة رقم ٣٣٥ صفحة ٤٨٠.

أثار هذا التساؤل خلافاً في الفقه: فيرى الإمام أبو حنيفة عدم قيام دفع الصائل في هذا الفرض، واحتج لذلك بأن شرط الصيال أن يكون جريمة، ولا جريمة حيث لا يكون الصائل مسئولاً أو معاقباً. ولكن ذلك لا يعني أن يسأل المصال عليه، فمسئوليته تنتفي، وسند انتفائها هو قيام "حالة الضرورة" بخطر الاعتداء عليه. أما الأئمة مالك والشافعي وأحمد فيرون قيام دفع الصائل في هذا الفرض، لأنه يكفي – في تقديرهم – أن يكون الصيال غير مشروع في ذاته، ولا يشترط أن يكون جريمة، أو أن يكون الصائل مسئولاً عن صياله ومعاقباً عليه من أجله. وانضم إلى هذا الرأي الإمام أبو يوسف.

ونحن نميل إلى تأييد رأي الأئمة الذين يذهبون إلى توافر دفع الصائل في هذا الفرض: ذلك أن هذا السبب للإباحة، أي دفع الصائل، يفترض أن المصال عليه مهدد بخطر اعتداء على نفسه أو عرضه أو ماله، وتعبير "اعتداء" ينصرف إلى كل فعل من شأنه إهدار مصلحة المصال عليه في حماية نفسه أو عرضه أو ماله، ولا شك فعل غير المسئول أو غير المعاقب هو اعتداء، ولا يرتبط وصفه بذلك بأهلية من صدر عنه للمسئولية أو العقاب، ذلك أن وصف الفعل بأنه اعتداء هو تطبيق لضابط موضوعي ضابطه عدم مشروعيته، وهذا الوصف لا يتوقف على توافر عناصر شخصيه لدى مرتكبه. ويلاحظ كذلك أن اعتبار المصال عليه في حالة ضرورة لا يعادل اعتباره في حالة دفع الصائل، إذ في هذه الحالة يعد فعله مشروعاً، في حين أن من يوجد في حالة ضرورة يستفيد من مجرد سبب لامتناع مسئوليته، وهو سبب لا يزيل الصفة غير المشروعة لفعله.

٣١٦– دفع خطر الحيوان:

إذا استخدم الحيوان كأداة للاعتداء، كما لو أطلق شخص على عدوه كلباً، فلا وجه للتردد في أن من يهدده هذا الخطر يعتبر في حالة دفع الصائل: ذلك أن فعل الاعتداء لا ينسب إلى الحيوان، وإنما ينسب إلى محرضه شأن أية أداة تستعمل في الاعتداء، ويعني ذلك أنه يواجه خطراً غير مشروع.

ولكن تدق المشكلة حينما يتعرض شخص لخطر حيوان دون أن يكون ذلك نتيجة تحريض أحد: هل يجوز للمهدد من أن يحتج بدفع الصائل إذا قتل الحيوان أو أضر به.

يعرض في هذه المشكلة ذات الخلاف الذي ثار في حالة دفع خطورة فعل غير المسئول: فالإمام أبو حنيفة لا يرى قيام حالة دفع الصائل في هذا الفرض، لأن خطر الحيوان لا يوصف بأنه اعتداء غير مشروع، إذ عدم المشروعية هو وصف لا يسبغ إلا على فعل الإنسان. ولكن يجوز في هذا الفرض الاحتجاج بحالة الضرورة، أما الأئمة مالك والشافعي وأحمد فيرون قيام دفع الصائل في هذه الحالة، إذ يقوم بخطر الحيوان "اعتداء" وهو الشرط المتطلب والكافي لقيام دفع الصائل.

ونرجح رأي الإمام أبي حنيفة: ذلك أنه لا يكفي في دفع الصائل أن يوجد اعتداء، وإنما يتعين أن يوصف الاعتداء بأنه غير مشروع، وهو ما لا يتصور، لأن "وصف عدم المشروعية" لا يتصور إلا بالنسبة لفعل الإنسان. ويجوز للمهدد بالخطر أن يحتج بحالة الضرورة. وقد لا يكون لهذا الخلاف ما يبرره: ذلك أن جريمة قتل حيوان أو الإضرار به لا تقوم إلا إذا كان ذلك بغير مقتض إذ في هذا الفرض وحده يمثل قتل الحيوان أو الإضرار به خروجاً على النهج الذي يتعين أن يلتزم به المواطن الصالح، أما إذا وجد المقتضى، فلا يتصور أن تقوم بفعله جريمة.

٣١٧- الخطر الوهمي:

قد يعتقد شخص أنه مهدد بخطر، فيأتي فعل دفع لهذا الخطر الذي توهمه، ثم يتبين أن هذا الخطر لم يكن له وجود، وأن اعتقاده كان وهماً، فهل يجوز له أن يحتج بأنه كان يدفع صيالاً، وقد يستند في ادعائه، إلى أنه يكفي قيام الصيال في اعتقاده، إذ مؤدى ذلك أنه لا لوم عليه من أجل فعله.

ثمة حقيقة لا تحتمل جدالاً هي أن من دفع خطراً اعتقد وجوده لا يستحق عقوبة من أجل فعله، إذ تصرف وفق ما تمليه الطبيعة البشرية، وأن اعتقاده وجود الخطر يعادل – في تقديره – وجود ذلك الخطر فعلاً.

ولكن التساؤل مازال قائماً حول تكييف فعله الذي آذى به شخصاً بريئاً، لم يهدده بشيء، ولم يدفع به خطراً يهدد به مصلحة يحميها الشارع: هل هذا الفعل مشروع لأنه يدفع صيالاً، أم هو غير مشروع لعدم توافر شروط دفع الصائل. قدمنا أن شرط دفع الصائل أن يوجد خطر غير مشروع، وهذا الشرط يفترض بداهة وجود ذلك الخطر الذي يتصف بعدم المشروعية، فإذا كان الخطر غير

موجود في حقيقة الواقع، وإنما وجوده وهم خالص، فلا يقوم دفع الصائل بداهة. والأدق أن يعتبر هذا الفرض من قبيل "الغلط في الإباحة"، إذ الاعتقاد بتوافر الواقعة التي يقوم سبب الإباحة عليها ينفي القصد الجنائي، وإذا كان هذا الاعتقاد قائماً على أسباب معقولة فهو ينفي الخطأ كذلك. وبناء على ذلك لا يوقع عقاب على من توهم خطراً فدفعه، وآذى بفعله شخصاً بريئاً، وسند عدم عقابه هو انتفاء الركن المعنوي لجريمته، وليس إباحة فعله.

(٢) حلول الخطر

٣١٨- تمهـيد:

لا محل لدفع الصائل إلا إذا كان الخطر الذي يهدد المصال عليه خطراً حالاً، ذلك أن علة دفع الصائل وقاية مصلحة من خطر لا تستطيع السلطات العامة أن تدرأه في الوقت الملائم، وهو ما يفترض أنه وشيك الحلول، أما إذا كان مستقبلاً فلدى المهدد به الوقت الذي يستطيع خلاله الاستنجاد بالسلطات العامة، فلا يكون لدفع الصائل محل.

٣١٩- متى يكون الخطر حالاً:

يكون الخطر حالاً في أحد فرضين: الأول، حيث يكون الاعتداء لم يبدأ بعد، ولكنه على وشك أن يبدأ. والثاني، حيث يكون الاعتداء قد بدأ فعلاً ولكنه لم ينته بعد. في الصورة الأولى يتجه الدفع إلى منع الصائل من البدء في صياله. وفي الصورة الثانية، يتجه إلى منع الصائل من الاستمرار في صياله.

وحصر حلول الخطر في الفرضين السابقين، يعني استبعاده في فرضين آخرين: حيث يكون الخطر مستقبلاً، وحيث يكون الاعتداء قد تحقق فعلاً.

٣٢٠- الخطر الوشيك:

يفترض الخطر الوشيك أن الصيال لم يبدأ بعد، ولكن صدرت عن الصائل أفعال تجعل من المتوقع – وفق السير العادي للأمور، حسبما تحدده معطيات الخبرة الإنسانية – أن يبتدئ الصيال على الفور ومؤدى ذلك أن المصال عليه لا يلتزم بابتداء الصيال حتى يباح له فعل دفعه، بل يجوز له ذلك بمجرد أن يتهدده الخطر الوشيك: فالحلول صفة في خطر الصيال، لا في الصيال ذاته. وتطبيقاً

لذلك، فإنه إذا هدد شخص آخر بالقتل، ثم أخذ يبحث عن سلاح ليستعمله في القتل، فالمهدد بهذا الخطر يكون له دفعه بالفعل المناسب، كأن يحول بينه وبين الاستمرار في البحث عن السلاح، على الرغم من أن الاعتداء لم يبدأ بعد، ذلك أن الخطر الذي يهدده خطر حال.

وإذا لم يكن الخطر وشيكاً فهو مستقبل، ومثل هذا الخطر لا ينشأ به الحق في دفع الصائل، مثال ذلك أن يهدد شخص آخر بأنه سيقتله بعد أسبوع، ذلك أن الخطر المستقبل غير محقق، فقد لا يتحقق على الإطلاق، ثم أن في وسع المهدد به أن يلتجئ إلى حماية السلطات العامة.

٣٢١- الاعتداء الذي لم ينته بعد:

يفترض دفع الصائل في هذا الفرض أن الصيال قد ابتدأ فعلاً، ولكنه لم ينته بعد، فمازال بعض الخطر قائماً، وهو خطر حال: فالصائل قد ضرب المصال عليه مرة، ومازال متأهباً لأن يوجه إليه ضربات تالية، أو استولى على بعض ما يملكه ومازال متأهباً للاستيلاء على أشياء أخرى. في هذا الفرض يكون دفع الصائل جائزاً لدفع الخطر الذي يوشك أن يتحقق.

فإذا انتهى الصيال، وتحقق كل العدوان الذي يريده الصائل، فقد انتفت صفة الحلول، فلا يكون لدفع الصائل محل، إذ لن يدرأ خطراً، وإنما يكون محض انتقام لا تجيزه الشريعة، بالإضافة إلى ما ينطوي عليه ذلك من افتئات على حق السلطة العامة في أن تتولى وحدها العقاب على ما يرتكب من جرائم. وتطبيقاً لذلك، فإن اعتدى شخص على آخر بالضرب، ثم فر، فتبعه المجني عليه حتى لحق به وضربه، فلا يكون له أن يحتج بدفع الصائل. ولا محل له كذلك إذا استطاع المصال عليه انتزاع سلاح الصائل، فصار أعزل لا يصدر عنه خطر. ولا محل له كذلك إذا فر السارق متخلياً عن المسروقات.

والضابط في انتهاء الصيال هو إتمام الصائل الأفعال التي أراد ارتكابها، وإهداره المصلحة التي أراد إهدارها، على نحو لا يكون معه في وسع المصال عليه حماية هذه المصلحة كلها أو في جزء منها: فإذا كانت الجريمة قتلاً فالاعتداء يُعَد منتهياً بوفاة المجني عليه، فإذا أتى قريب له فعل عنف ضد القاتل، فلا يكون له أن يحتج بدفع الصائل. وإذا كانت الجريمة سرقة، فالاعتداء على ملكية المجني عليه وحيازته لا يعتبر متحققاً إلا إذا أخرج السارق الشيء من

حيازة المجني عليه ثم أدخله في حيازته بحيث يصبح المجني عليه عاجزاً عن مباشرة سلطات الحيازة وتغدو هذه السلطات للسارق. وتطبيقاً لذلك، فإنه إذا وضع السارق يده علي الشيء ثم حاول الخروج به من مسكن المجني عليه، أو تعرض لمقاومته فحاول التخلص منها، فإن الاعتداء يعتبر غير منته حتى يستطيع السارق مغادرة مسكن المجني عليه، أو يستطيع التغلب علي المقاومة التي يتعرض لها. ويؤدي ذلك، أن يكون للمسروق منه الاحتجاج بدفع الصائل إذا ارتكب أفعال العنف ضد السارق قبل أن تنتهي الجريمة علي النحو السابق.

ولانتهاء الاعتداء صورة ثانية، حيث يقف نشاط الصائل بإرادته أو جبراً عنه، فلا يكون احتمال لارتكابه أفعالاً تالية وتهديده المصلحة باعتداء تال، كما لو ضرب الصائل المجني عليه ثم كف عن توجيه ضربة تالية له، سواء كان ذلك اختياراً، كما لو أعلن أنه يكتفي بذلك؛ أو كان جبراً عنه، كما لو حال شخص ثالث بينه وبين اعتدائه.

المطلب الثاني
شروط فعل الدفع

٣٢٢- تمهيد:

يفترض دفع الصائل إتيان المصال عليه فعلاً يدراً به الخطر الذي يهدد مصلحته. والأصل جواز إتيان أي فعل يكون من شأنه ذلك. أي أن الشارع لا يتطلب أن يكون الدفع بفعل معين، ذلك أن الظروف التي يؤتى فيها الصيال تتنوع، وللمصال عليه أن يأتي الفعل الذي يكون من شأنه دفع الصيال في هذه الظروف. ويعني ذلك توسعاً في تحديد الفعل الذي يدفع به الصيال.

ولكن الشارع لا يطلق هذا التوسع، وإنما يضع له الحدود التي تتمثل في صورة شروط يتطلبها فيه. وهذه الشروط هي لزوم فعل الدفع، وتناسب هذا الفعل من حيث جسامته مع جسامة الخطر الذي يهدد به فعل الصيال.

٣٢٣- نوع أفعال الدفع:

الوضع الغالب أن يتخذ فعل الدفع صورة قتل الصائل أو ضربه أو جرحه، حسب جسامة صياله، وذلك لصرفه عنه، ولكن لا يوجد ما يحول دون

الالتجاء إلي أفعال أخرى إذا كانت هي الملائمة لدرء الصيال: فيجوز الدفع عن طريق قتل الدابة التي يعتليها الصائل، أو انتزاع السلاح الذي يحمله أو تحطيمه، أو تمزيق ملابسه، أو حبسه الوقت اللازم للاستعانة بالسلطات العامة. والحجة في جواز الدفع عن طريق أي فعل أن الدفع لا يكون منتجاً إلا إذا اتخذ صورة الفعل الذي يلائم ظروف الصيال الواقعة، ويكون من شأنه دفع الصيال في هذه الظروف. وبالإضافة إلي ذلك، فإنه إذا أجاز الشارع الدفع عن طريق أفعال جسيمة كالقتل أو الجرح، فإنه من باب أولي يجيزه عن طريق أفعال أقل جسامة، كقتل الدابة أو انتزاع السلاح، علي نحو ما تقدم.

وقد يكون الدفاع عن طريق الامتناع إذا تعين وسيلة لدرء خطر الصيال، مثال ذلك أن يعتدي شخص علي آخر، فيهاجمه كلب المصال عليه، فيتركه الأخير حتى يصيب الصائل بجروح.

٣٢٤- دفع الصيال عن طريق الوسائل الآلية:

قد يلجأ المصال عليه إلي وسائل تعمل تلقائياً، فتصيب بالأذى من يحاول الاعتداء عليه، مثال ذلك أن يضع فخاً في حديقته يطبق علي من يدخل فيها، أو أن يضع آلة في خزانة نقوده تنطلق منها النار إذا حاول شخص فتحها، ويلحق بذلك أن يستعين بكلب حراسة مدرب يهاجم من يدخلون حديقته أو داره. فهل يجوز في هذه الفروض لمن أعد إحدى هذه الوسائل أن يحتج بدفع الصائل إذا قتل أو جرح من حاول الاعتداء عليه؟

نري جواز ذلك إذا توافرت جميع شروط دفع الصائل. وأهم هذه الشروط ألا تعمل هذه الوسائل إلا إذا حل الخطر بالمصال عليه، وكان الأذى الذي تحدثه متناسباً من حيث جسامته مع جسامة خطر فعل الصيال. فإذا انتفت هذه الشروط لم يكن محل للاحتجاج بدفع الصائل، كما لو عملت الوسيلة دون أن يهدد الخطر مصلحة المصال عليه أو أحدثت آذى لا يتناسب من حيث جسامته مع جسامة الخطر.

٣٢٥- استخلاص الشروط المتطلبة في فعل الدفع:

يتطلب الشارع في فعل الدفع شرطين: **الأول**، أن يكون لازماً لدرء الخطر. **والثاني**، أن يكون متناسباً مع جسامة الخطر.

والشرطان مستخلصان من الوظيفة الاجتماعية لدفع الصائل، وكون فعل المصال عليه ضرورة لحماية نفسه أو عرضه أو ماله، وكونه بالقدر الذي تقتضيه هذه الضرورة.

وفيما يلي تفصيل هذين الشرطين:

(١) لزوم فعل الدفع

٣٢٦- تمهيد:

من الواضح انه إذا كان المصال عليه يستطيع التخلص من الخطر عن طريق فعل لا يؤذي أحداً، فإنه لا يباح له إتيان الفعل الذي يؤذي الصائل، إذ الفعل في هذا الفرض غير ضروري لدرء الصيال.

واشتراط لزوم فعل الدفع ينطوي علي شرطين: **الأول:** ثبوت أن المصال عليه لم يكن يستطيع التخلص من الخطر بغير الفعل الذي ارتكبه؛ **والثاني:** ثبوت اتجاه فعل الدفاع إلى مصدر الخطر.

٣٢٧- كون المصال عليه لم يكن يستطيع التخلص من خطر الصيال بغير فعل الدفع الذي ارتكبه:

يعني هذا الشرط أن يكون الفعل الذي ارتكبه المصال عليه هو الوسيلة المتعينة لدرء الخطر الذي هدده. ويثير هذا الشرط البحث في مشكلتين:

الأولي: هل استطاعة الاحتماء بالسلطات العامة في الوقت الملائم تحول دون الاحتجاج بدفع الصائل؟

الثانية: هل استطاعة الهرب من الصائل تحول دون الاحتجاج بدفع الصائل؟

(أ) استطاعة الاحتماء بالسلطات العامة لدرء الخطر:

أن دفع الصائل له بطبيعته "صفة احتياطية"، فقد شرع سبيلاً لحماية المصال عليه مصلحته إذا كانت السلطات العامة لا تستطيع حمايته. وبناء علي ذلك، فإنه إذا كان في استطاعة المصال عليه حماية نفسه أو عرضه أو ماله بالطريق الطبيعي المعتاد دون أن يؤذي حقوق أحد، أو كان يستطيع الاحتماء

بالسلطات العامة لحمايته، فلا يكون محل للالتجاء إلي طريق غير عادي لم يشرع ولا تتوافر علته إلا عند انغلاق الطريق المعتاد.

ولكن استطاعة الاحتماء بالسلطات العامة ليست حائلاً دون الاحتجاج بدفع الصائل إلا إذا كان ذلك الاحتماء ممكناً في الوقت المناسب، أي كانت ظروف الواقعة تسمح بذلك قبل وقوع الاعتداء بالفعل؛ أي قبل بدئه. أما إذا كان الاحتماء بالسلطات غير متاح قبل وقوع الاعتداء، فإن الحق في دفع الصائل يبقي قائماً في كل نطاقه.

(ب) استطاعة الهرب:

إذا كان في وسع المهدد بالخطر أن يصون حقه عن طريق الهرب، ولكنه فضل الصمود ومواجهة الخطر بأفعال الدفع الملائمة، فهل يكون له الاحتجاج بدفع الصائل؟

أثار هذه التساؤل خلافاً في الفقه:

فذهب رأي إلي وجوب هرب المصال عليه إذا كان من شأنه تفادي الخطر الذي يهدده، واحتج لذلك بأنه إذا كان من شأن الهرب ذلك، فإن فعل العنف يكون غير لازم، خاصة وأن الطبيعة الاحتياطية لدفع الصائل تفرض علي المصال عليه الالتجاء إلي أيسر السبل التي من شأنها تفادي الخطر، فإذا كان الهرب محققاً درء الخطر تعين الالتجاء إليه.

وذهب رأي إلى أن المصال عليه لا يلتزم بالهرب، لأنه صاحب حق في أن يدرأ الخطر الذي يتهدده. والأصل المقرر أنه لا يلزم صاحب حق بالنزول عن حقه.

وتوسط رأي، فميز بين الهرب المشين والهرب غير المشين. فإذا كان الهرب مشيناً فلا يلتزم به المصال عليه، وإنما يكون له أن يصمد ويصد الخطر الذي يهدده بالقوة اللازمة. والغالب أن يكون الهرب مشيناً لدلالته على الجبن، وفق ما استقر في عرف أغلب الناس، ولا يجبر صاحب حق على النزول عن حقه بالالتجاء إلى مسلك يشينه. أما إذا كان الهرب غير مشين، تعين على المصال عليه الالتجاء إليه، إذ لم يعد العنف لازماً، ولم تعد الوسيلة التي تحل محله مشينة. وهذا الرأي في تقديرنا أصح الآراء. ونرى توضيحاً له أن نشير إلى أن مناط كون الهرب غير

مشين أن تبرره اعتبارات تنفي دلالته على الجبن، مثال ذلك أن يتعرض شخص لاعتداء صادر عن مجنون أو عن أب أو عن أم.

٣٢٨- اتجاه الفعل إلى مصدر الخطر:

لا محل لإباحة دفع الصائل إلا إذا وجه الفعل إلى مصدر الخطر كي يكفل التخلص منه، أما إذا ترك المصال عليه مصدر الخطر يهدده، ووجه فعله إلى شخص أو شيء لا يصدر الخطر عنه، فلا وجه لإباحة فعله، لأن هذا الفعل غير ذي جدوى في التخلص من الخطر، فهو غير لازم لذلك. فمن يهاجمه شخص لا يجوز له أن يوجه فعل دفاعه إلى غيره، ومن يهاجمه كلب لا يجوز له أن يترك الكلب ويوجه فعله إلى مالكه.

(٢) تناسب فعل الدفع مع جسامة الخطر

٣٢٩- تمهيد:

إذا ما أباح الشارع فعل دفع الصائل، فهو يبيحه في القدر الضروري لدرء الخطر، وما زاد على ذلك فلا ضرورة له، ولا مبرر لإباحته، فالضرورة تقدر بقدرها. ومؤدى هذا الشرط أنه إذا كان في وسع المصال عليه أن يدرأ الخطر بفعل ذي جسامة معينة، فلا يجوز له أن يدرأه بفعل أشد جسامة.

٣٣٠- تطبيقات لاشتراط تناسب فعل الدفع مع جسامة الخطر:

وتطبيقاً لذلك، فإنه إذا دخل شخص دار آخر دون إذنه، وكان حائز الدار يعلم أو في وسعه أن يعلم أنه يخرج من الدار بضربه ضرباً بسيطاً أو بمجرد تهديده بالضرب، فليس له أن يضربه ضرباً شديداً، ومن باب أولى فليس له أن يقتله. وإذا كان يعلم أو يسعه أن يعلم أنه يخرج من الدار بضربه بعصا، فليس له أن يضربه بحديدة، ذلك أن الحديدة آلة قتل، فلا يجوز استخدامها حيث تكفي آلة ليس من شأنها القتل.

٣٣١- شرط التناسب عند محاولة الاعتداء على العرض:

من أهم تطبيقات شرط التناسب أن يحاول شخص الاعتداء على العرض، كمن أراد اغتصاب امرأة، فإن لها أو لأي شخص آخر عاين الواقعة أن يدفعه

بقتله: ذلك أن العرض عزيز وهو في قمة المصالح، فالالتجاء لحمايته إلى أشد الوسائل يتحقق فيه التناسب دائماً؛ ومن قضاء أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه في شأن رجل استضاف أشخاصاً من هذيل، فأراد أحدهم اغتصاب امرأة في الدار، فرمته بحجر، فقتلته، فقضى بقوله "والله لايؤدى أبداً".

٣٣٢- شرط التناسب عند الاعتداء على حرمة المسكن:

إذا اطلع شخص من ثقب في باب بيت على ما يجري بداخله، فللمصال عليه أن ينهاه عن ذلك، فإذا لم ينته كان له دفعه بأيسر الوسائل التي من شأنها ذلك، فإذا لم يكف إلا بفقء عينه، ففعل المصال عليه ذلك، كان له أن يحتج بدفع الصائل: ذلك أن الاطلاع على حرمة المسكن اعتداء خطير على حرمات الغير، فمن حقه وهو في بيته أن يكون في مأمن من تجسس شخص عليه، خاصة وأن في الدار نساء، وقد يكون بعض من في المسكن في وضع لا يحب أن يطلع عليه فيه شخص آخر. والحجة في هذا الرأي حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم "لو أن امرأ اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح". وقوله عليه الصلاة والسلام لرجل اطلع عليه، وكان يحك رأسه بمدي: "لو علمت أنك تنظر لطعنت به في عينك إنما جعل الاستئذان من أجل البصر". وأخذ بهذا الرأي على إطلاقه الإمامان الشافعي وأحمد[٢٨٠].

وذهب الإمامان مالك وأبو حنيفة إلى أنه ليس لصاحب الدار أن يفقأ عين المطلع عليه لمجرد اطلاعه، وحجتهما في ذلك أن النظر إلى عورة الغير دون إذنه لا يبيح فقء عين الناظر عليه، ويريان أن الحديث أريد به المبالغة في الترغيب والزجر عن النظر، وأن الرمي الذي ورد فيه أريد به التنبيه إلى عدم النظر لا إباحة فقء العين. ومؤدى ذلك أن تطبق القواعد العامة، فيكون الدفع عن النظر بالوسيلة اللازمة والمتناسبة؛ وإذا ثبت قصد فقء العين كان القصاص، وإذا لم يقصد كان عليه الدية[٢٨١].

٣٣٣- معيار التناسب:

يعد فعل الدفع متناسباً مع خطر الصيال إذا انطوى على استخدام قدر من العنف لا يجاوز القدر الذي كان يستخدمه شخص معتاد أحاطت به ذات

---

[٢٨٠] المغني جـ ١٠ ص ٢٥٥، والمهذب جـ ٢ ص ٢٤٢.

[٢٨١] ابن عابدين جـ ٥ ص ٤٨٥، ومواهب الجليل جـ ٦ ص ٣٢٢.

الظروف التي أحاطت بالمصال عليه؛ فالمعيار في أصله موضوعي قوامه الشخص المعتاد، أي الشخص الذي يقدر الأمور ويتصرف في مواجهتها على النحو المألوف المتفق مع الخبرة الإنسانية العامة. وفي تطبيق هذا المعيار يتعين على القاضي أن يضع نفسه موضع المصال عليه، ويتساءل عما إذا كان يرد الخطر بالفعل الذي التجأ إليه، أم كان يلجأ إلى أفعال أقل جسامة.

ولكن هذا المعيار ليس موضوعياً خالصاً، إذ لا يجوز إغفال الظروف التي أحاطت بالمصال عليه، وجعلته يتصرف على النحو الذي تصرف به، وإنما يتعين افتراض الشخص المعتاد محاطاً بذات الظروف التي أحاطت بالمصال عليه، وهذه الظروف لا تقبل الحصر؛ فتتعلق على سبيل المثال بقوة المصال عليه البدنية، وجنسه وما إذا كان رجلاً أو امرأة، وسنه، ومقدار هدوء أعصابه. وتتعلق كذلك بظروف الزمان الذي تعرض فيه للاعتداء، وما إذا كان نهاراً أو ليلاً، والمكان الذي تعرض فيه له، وما إذا كان مأهولاً أو بعيداً عن العمران.

وقد قال الإمام الكاساني في ذلك إن من قصد قتل إنسان لا ينهدر دمه بمجرد هذا القصد، ولكن ينظر إذا كان المشهور عليه، أي المصال عليه، يمكن دفعه عن نفسه بدون القتل لا يباح له القتل، وإن كان لا يمكنه الدفع إلا بالقتل يباح القتل، لأنه من ضرورات الدفع، فإن شهر عليه سيفه يباح له أن يقتله، لأنه لا يقدر على الدفع إلا بالقتل، ألا ترى أنه لو استغاث الناس، يقتله قبل أن يلحقه الغوث، إذ السلاح لا يلبث فكان القتل من ضرورات الدفع فيباح قتله، فإذا قتله فقد قتل شخصاً مباح الدم، فلا شيء عليه[٢٨٢].

وتطبيقاً لهذا المعيار، فإنه إذا كان المصال عليه أضعف من الصائل بدناً، فله أن يستعمل قدراً من العنف يزيد عما يباح له لو كان يعادله قوة أو يقوى عليه. وإذا كان الصيال قد وقع في مكان مقفر أو في الليل فإنه يباح للمصال عليه قدر من العنف يزيد عما لو كان قد دفع في مكان مأهول أو في النهار. وإذا كان الصيال قد أفقد المصال عليه اتزانه أبيح له قدر من العنف يزيد عما لو بقي محتفظاً بهدوئه واتزانه.

ويخلص من ذلك أنه إذا كان المصال عليه يقدر حقيقة جسامة الخطر، وكانت الوسيلة الملائمة لدرئه تحت تصرفه، ولكنه التجأ إلى فعل أشد جسامة

---

(٢٨٢) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٩٣.

فإن التناسب يعد منتفياً. مثال ذلك أن يتعرض شخص لصيال بالضرب، ويكون في استطاعته ضرب الصائل أو انتزاع أو تحطيم الأداة التي يستعملها، ويثبت أنه كان من شأن أحد هذه الأفعال درء الخطر، ولكنه يقتله. وذلك مصداق قول الإمام الكاساني "إن من قصد قتل إنسان لا ينهدر دمه بمجرد هذا القصد، ولكن ينظر إذا كان المشهور عليه يمكن دفعه عن نفسه بدون القتل لا يباح له القتل".

ويدق تطبيق معيار التناسب إذا كان الصائلون جماعة من الناس، لأن الفعل الملائم لدفع أحدهم قد لا يكون ملائماً لدفع سائرهم، ولا مفر في هذا الفرض من الاحتكام إلى تقدير القاضي الذي يبني حكمه على ظروف كل واقعة. ونرى أنه يجدر بالقاضي أن يبيح للمصال عليه الفعل الذي يناسب أشد أفعال الصيال جسامة.

المطلب الثالث

أثر دفع الصيال

٣٣٤- المبدأ العام:

إذا توافرت جميع شروط دفع الصائل، كان فعل الدفع مباحاً. ويعني ذلك أن المصال عليه لا يسأل، ولا توقع عليه عقوبة؛ ذلك أنه أتى نشاطاً مشروعاً، إذ قد دفع اعتداء على المصالح التي يحميها الشارع، في وقت لم تكن السلطات العامة تستطيع ذلك. وقد أسلفنا أن نشاطه هو أداء لفرض كفاية، ويدعم ذلك طابع المشروعية الذي يتصف به نشاطه.

ولا يلتزم المصال عليه بجبر الضرر الذي أصاب الصائل نتيجة فعل الدفع، فالفعل المشروع الذي يحدث ضرراً لا يضمن ضرره.

ويترتب على وصف فعل المصال عليه بالمشروعية، أنه لا يسأل كذلك من أسهموا معه في هذا الفعل: فمن أمده بالسلاح الذي دفع به الصيال، أو أعطاه تعليمات تحدد له أسلوب دفع الصيال لا يسأل كذلك؛ إذ الفعل المباح لا يقبل اشتراكاً في المدلول الجنائي.

وهذا المبدأ الواضح قد يثير تطبيقه بعض الصعوبات إذا تعدى أثر الدفع إلى غير الصائل، أو تجاوز المصال عليه حدود الحق المقرر له، فأتى من

العنف ما يجاوز القدر المتناسب مع جسامة خطر الصيال، ونبحث فيما يلي هذين الفرضين:

(١) تعدي فعل الدفع إلى غير الصائل

٣٣٥- تمهيد:

يتخذ تعدي فعل الدفع إلى غير الصائل إحدى صورتين: صورة لا يتعمد فيها المصال عليه ذلك، وصورة يتعمده فيها.

ونبحث فيما يلي هاتين الصورتين:

٣٣٦- إصابة غير الصائل دون عمد:

نعني بذلك حالتي الغلط في موضوع فعل الدفع، والخطأ في توجيهه.

يفترض الغلط في موضوع الفعل إصابة المصال عليه شخصاً غير الصائل، وهو يعتقد أنه الصائل: مثال ذلك أن يتعرض شخص لهجوم في الظلام، فيصيب بسلاحه من يسير خلفه أو إلى جانبه ظناً أنه الصائل، في حين أن ذلك الصائل قد فر.

أما الغلط في توجيه فعل الدفع، فيفترض محاولة المصال عليه إصابة الصائل نفسه، ولكنه لعدم دقته في إصابة هدفه يصيب شخصاً تصادف مروره في محل الصيال.

وحكم الحالتين واحد، فهو إباحة الفعل طالما لم يصدر عن المصال عليه خطأ، فإذا ثبت أنه قد بذل كل العناية والاحتياط المفروضين عليه لإصابة الصائل وحده، ولكن حدثت إصابة الغير لأسباب لا سيطرة لإرادته عليها، فالفعل مباح، إذ قد توافرت جميع شروط دفع الصائل، مما يستتبع فعل الدفع. أما إذا ثبت صدور خطأ عنه، فالمصال عليه مسئول عن خطئه، فتلزمه الدية.

٣٣٧- إصابة غير الصائل عن عمد:

قد يجد المصال عليه نفسه مضطراً إلى المساس بغير الصائل كي يستطيع إتيان فعل الدفع، مثال ذلك أن يستولي على سلاح غيره كي يستعين به في فعله، أو أن يتلف شجرة غيره كي يحصل على عصا يستعملها في الدفع. وحكم هذه

الأفعال أنها غير مباحة للمصال عليه، إذ لم توجه إلى الصائل، ولكن وجهت إلى شخص سواه لا شأن له بالصيال ولا دخل له فيه. ولكن يستطيع المصال عليه أن يحتج بحالة الضرورة، إذ قد التجأ تحت ضغطها إلى إتيان فعله. ويقتضي ذلك بداهة أن تتوافر جميع شروطها.

(٢) تجاوز حدود دفع الصائل

٣٣٨- ماهية التجاوز:

يعني تجاوز حدود دفع الصائل انتفاء التناسب بين جسامة فعل الدفع، وخطر الصيال الذي هدد المصال عليه، وذلك على الرغم من توافر سائر شروط دفع الصائل. وفي تعبير آخر، يعني التجاوز استعمال قدر من القوة يزيد على ما كان كافياً لدرء خطر الصيال. وعلى ذلك، فليس المقصود انتفاء أي شرط من شروط دفع الصائل، وإنما المقصود انتفاء شرط محدد منها هو "التناسب".

٣٣٩- حكم التجاوز:

القاعدة العامة أنه إذا انتفى التناسب بين فعل الدفع وخطر الصيال، فقد انتفى أحد شروط "دفع الصائل"، ومؤدى ذلك أن لا يكون للدفع محل، وبالتالي يكون فعل الدفع غير مشروع.

ونرى أنه لتحديد تبعة التجاوز يتعين التمييز بين فروض ثلاثة:

إذا كان الخروج على حدود الدفع عمدياً، أي كان المدافع مدركاً جسامة الخطر، وفي وسعه درؤه بفعل متناسب معه، ولكنه فضل اللجوء إلى فعل تزيد جسامته على ذلك، فهو مسئول عن ذلك الفعل مسئولية عمدية، ذلك أن الفعل في هذا الفرض محض انتقام، فلا يدخل في نطاق الغرض الاجتماعي الشرعي لدفع الصائل، مثال ذلك أن يهاجم الصائل شخصاً بعصا، ويكون أضعف بدناً من المصال عليه، وفي استطاعته أن يدرأ خطره بدفعه بيده أو ركله بقدمه، ولكنه يقتله أو ينزل به أذى جسيماً مستعملاً في ذلك سيفه أو خنجره.

أما إذا كان تجاوز المصال عليه حدود حقه ثمرة الخطأ، كأن حدد جسامة خطر الصيال أو جسامة فعل الدفاع على نحو غير صحيح، في حين كان في وسعه التحديد الصحيح، فهو مسئول عن فعله مسئولية غير عمدية فتلزمه الدية.

وفي النهاية، لا يكون محل لمسئولية المصال عليه، إذا ثبت تجرد فعله من العمد والخطأ، كأن يكون التجاوز وليد الاضطراب ودقة الموقف اللذين بلغا حداً أزال كل سيطرة لإرادته على فعله. وتعليل انتفاء المسئولية هو انتفاء الركن المعنوي لجريمته، بانتفاء العمل والخطأ معاً.

المبحث الثالث

الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر

٣٤٠- تعريف:

الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر هو فرض كفاية على كل مسلم بأن يأمر بكل قول أو فعل تقضي به أحكام الشريعة الإسلامية في مصادرها المختلفة، وهذا هو الأمر بالمعروف، وأن ينهى عن كل قول أو فعل يناقض أحكام الشريعة الإسلامية، وهذا هو النهي عن المنكر.

والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر هو سبب إباحة، لأن وسيلة ذلك قد تكون قولاً أو فعلاً يشكل في أصله جريمة، كما لو كان القول فيه تعنيف يمس اعتبار الموجه إليه، أو كان الفعل فيه إتلاف لمال، كإراقة خمر يتعاطاه شخص أو إتلاف أدوات قمار أو لهو منهي عنه. فإذا ثبت توافر شروط الإباحة، أي شروط الأمر بالمعروف أو النهي عن المنكر، كان القول أو الفعل السابق مباحاً فلا مسئولية ولا عقوبة على من صدر عنه ذلك القول أو الفعل.

ويطلق بعض الفقهاء المحدثين على الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر تعبير "الدفاع الشرعي العام" بالمقابلة لدفع الصائل الذي يطلق عليه تعبير "الدفاع الشرعي الخاص"، وهذه المقابلة سندها أن دفع الصائل هو دفاع عن مصلحة لشخص معين، قد يكون المصال عليه، وقد يكون شخصاً آخر، في حين أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر هو دفاع عن مصلحة عامة للمجتمع الإسلامي في مجموعه.

ونري أن ندخل تعديلاً على التعريف السابق للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، مؤداه أن يستفيد من الإباحة مواطن الدولة الإسلامية، وإن كان غير

مسلم، وذلك في الحدود التي تتفق فيها تعاليم الشريعة الإسلامية، وتعاليم ديانته، وهو في الغالب من أهل الذمة. وسندنا في هذه المساواة، أنه طالما كانت الشريعة الإسلامية واجبة التطبيق على جميع المقيمين في إقليم الدولة الإسلامية أي على جميع رعاياها، ولو كانوا غير مسلمين، كما يتحقق التوازن بين شقي التجريم والإباحة في تطبيق الشريعة الإسلامية على رعايا الدولة.

٣٤١- السند الشرعي للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر:

السند الشرعي لهذا السبب للإباحة نصوص عديدة وردت في القرآن الكريم والأحاديث النبوية الشريفة:

فقد ورد في القرآن الكريم قول الله تعالى «وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَأُوْلَـئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ»[٢٨٣]، وقوله سبحانه «وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاء بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلاَةَ»[٢٨٤]، وقوله عز وجل «كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ»[٢٨٥]، وقوله تعالى «الَّذِينَ إِن مَّكَّنَّاهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ وَأَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا عَنِ الْمُنكَرِ»[٢٨٦]، وقوله سبحانه «وَتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبرِّ وَالتَّقْوَى وَلاَ تَعَاوَنُواْ عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ»[٢٨٧].

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر أو ليسلطن الله عليكم شراركم ثم يدعوا خياركم فلا يستجاب لكم". وقال عليه الصلاة والسلام "ما أعمال البر عند الجهاد في سبيل الله إلا كنفثة في بحر لجي، وما جميع أعمال البر والجهاد في سبيل الله عند الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إلا كنفثة في بحر لجي". وقال أبو عبيدة بن الجراح، قلت يا رسول الله أي الشهداء أكرم على الله عز وجل؟ قال "رجل قام إلى وال جائر فأمره بالمعروف ونهاه عن المنكر فقتله فإن لم يقتله فإن القلم لا يجري عليه بعد ذلك وإن عاش ما عاش". وقال صلى الله عليه وسلم: "من رأي منكم منكراً فاستطاع أن يغيره بيده فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه وذاك أضعف الإيمان".

---

[٢٨٣] سورة آل عمران، الآية رقم ١٠٤.

[٢] سورة التوبة، الآية رقم ٧١.

[٢٨٥] سورة آل عمران، الآية رقم ١١٠.

[٤] سورة الحج، الآية رقم ٤١.

[٢٨٧] سورة المائدة، الآية رقم ٢.

٣٤٢- علة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر:

علة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر هي إشراك المواطنين مع السلطات العامة في نشر المعروف وسيادته ودعم التعاليم الإسلامية في جانبها التشريعي وجانبها الأخلاقي، وإشراكهم معها كذلك في مكافحة المنكرات والرذائل تطهيراً للمجتمع الإسلامي من خبثها وضررها. ومن شأن هذا النظام إشعار المواطن في الدول الإسلامية بمسئولياته، واشتراكه مع السلطات العامة في حماية المجتمع الإسلامي. ويعتبر ذلك صورة من الديمقراطية، إذ هو تخويل الأفراد – بشروط معينة – بعض سلطات الدولة. وفي النهاية فإن تحميل المواطن بواجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يتضمن إشعاره بواجبه في أن يقوم نفسه، فيلتزم بالمعروف وينتهي عن المنكر، لأنه لا يتصور أن يأمر شخص الناس بفعل ثم لا يأتيه أو ينهاهم عن سلوك ثم يأتيه، إذ ليس ذلك من شأن العقلاء.

٣٤٣- تكييف الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر:

يثور التساؤل في تحديد هذا التكييف حول أمرين: هل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر حق للمواطن أم هو فرض عليه؟ وإذا كان فرضاً، فهل هو فرض عين أم هو فرض كفاية؟

والإجابة على التساؤل الأول يسيرة: فالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر هو في إجماع آراء الفقهاء فرض وليس مجرد حق يترك للمواطن استعماله أو تركه. والحجة في ذلك النصوص التي وردت في شأن هذا النظام، فقد وردت جميعاً في صيغة الأمر وليس التخيير، وبالإضافة على ذلك فإن علة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في إشراك المواطنين في نشر الفضائل ومكافحة الرذائل، وحملهم على الإيجابية والمبادرة والنأي بهم عن السلبية وعدم الاكتراث، تحقيقاً لمصلحة المجتمع الإسلامي ودعماً لقيمه ومثله، كل ذلك يقتضي اعتباره فرضاً.

أما التساؤل الثاني، وما إذا كان الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر هو فرض عين أم هو فرض كفاية، فقد اختلفت الآراء في الإجابة عنه.

ونعتقد أن أصح الآراء أنه فرض كفاية: فهو واجب على كل مواطن، قادر على القيام به، ولكن إذا قام به عدد كاف من المواطنين، سقط عن سائرهم. ومثله في ذلك الجهاد في سبيل الله، فلا يتحمل فرضه إلا القادر على الجهاد بدناً

وخبرة، فإذا كان للدولة جيش قادر على الدفاع عنها، فقد سقط الفرض عن سائر المواطنين، ولكن إذا انكسر ذلك الجيش، وصارت الدولة مهددة في إقليمها ومواطنيها، التزم جميع المواطنين بالدفاع عنها. وحجة هذا الرأي قول الله تعالى: «وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَأُولَـئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ»[٢٨٨]، فقد أمر سبحانه مواطني الدولة الإسلامية بأن تكون منهم أمة، أي فريق منهم يتولون القيام بهذا الفرض، فإذا قام به عدد كاف منهم، فانقضت حاجة المجتمع إلى من عداهم، فقد سقط الفرض عنهم، لأنه بانقضاء الضرورة الاجتماعية تزول علة تكليف غير القائمين به فعلاً، والحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً. [٢٨٩]

يذهب رأي آخر إلى اعتبار الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فرض عين بحيث يلتزم كل مسلم بالقيام به، في حدود استطاعته، ولو كان في الأمة من هو أقدر منه، وينحصر التزامه في نطاق استطاعته. ويدعم هذا الرأي عند أصحابه أنه في استطاعة كل مسلم أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر فيما هو ظاهر من أحكام الدين، ويقتصر الالتزام فيما هو خفي على العالم بأحكام الدين. ويضيفون إلى ذلك أن من مصلحة الأمة الإسلامية أن يكون هذا الفرض «فرض عين»، حتى يتسع مجاله، فتحفظ للأمة مقوماتها، وتدفع عنها شرور تهددها إذا انتشر المنكر فيها[٢٩٠].

وإذا قيل بأن من شروط الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أن يكون الآمر والناهي مأذوناً له بذلك من السلطات العامة، فإن ذلك يضيف حجة لدعم هذا الرأي، إذ ينحصر الالتزام بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فيمن أذن لهم ولي الأمر ويسقط عن سائرهم، وهذه هي خصيصة فرض الكفاية.

٣٤٤- شروط الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر:

تقتضي طبيعة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر توافر شروط، يرجع بعضها إلى طبيعته الشرعية "كفرض"، "وسبب إباحة"، ويرجع بعضها إلى الغرض منه.

---

(٢٨٨) سورة آل عمران، الآية رقم ١٠٤.

(٢٨٩) أحكام القرآن للقرطبي جـ ٤ ص ١٦٠، أسنى المطالب للقاضي أبو يحيى زكريا الأنصاري جـ ٤ ص١٧٩. جـ ٤ ص ١٧٩، مواهب الجليل جـ ٣ ص ٣٤٨.

(٢٩٠) تفسير المنار، جـ ٤ ص ٣٤، ٣٥؛ أحكام القرآن للجصاص جـ ٢ ص ٢٩.

فالشروط التي ترجع إلى طبيعته الشرعية هي التكليف، والإسلام، والاستطاعة. ويضاف إلى هذه الشروط التساؤل عما إذا كان يتعين على الآمر بالمعروف والناهي عن المنكر أن يكون مكلفاً أو مصرحاً له بذلك من ولي الأمر.

ونفصل فيما يلي هذه الشروط.

٣٤٥- التكليف:

إن طبيعة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، واعتباره "فرضاً" يقتضي أن يقتصر الالتزام به على من تتوافر لديه أهلية التكليف بشروطها المقررة شرعاً؛ فغير المكلف، وقد رفع القلم عنه، لا يلتزم بأداء فروض، ومن ثم لا يأثم بتركها.

ولكن هذا الشرط يتطلب بعض التوضيح: فالنظر إلى الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، على أنه سبب إباحة أثره الشرعي إزالة الصفة غير الشرعية عن الفعل، يقتضي القول بأن غير المكلف لا يأثم إذا أمر بمعروف أو نهى عن منكر على الرغم من أنه غير ملزم بذلك؛ بل إن قيامه بذلك يعتبر "قربة" إلى الله تعالى، ويثاب عليه. ومؤدى ذلك، أن ثمة فرق بين الإثم بالترك، وعدم الإثم بالأداء، فغير المكلف لا يلتزم بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ومن ثم لا يأثم بتركه؛ ولكنه إذا قام به لا يأثم بفعله، ومن ثم يكون فعله مشروعاً[٢٩١].

٣٤٦- الإسلام:

يتجه الرأي في الفقه إلى اعتبار إسلام الشخص شرطاً لأمره بالمعروف ونهيه عن المنكر، وحجته أن الفرض لا يلتزم به غير المسلم، كما أن غير المسلم لا يحسن أداءه لأنه غير مقتنع بأحكام الإسلام، بل إنه إذا ألزم به فقد يعني ذلك التزامه "بما يخالف أحكام دينه، فيكون ذلك اعتداء على حرية الأديان التي أقرها الإسلام، يصل إلى مخالفة قوله تعالى: " لاَ إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ"[٢٩٢].

وهذا الرأي سليم إذا اعتبر الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر التزاماً، ولكن إذا وصف – وهو ما يعنينا في هذا الموضع – أنه سبب إباحة يزيل عن

---

(٢٩١) الأستاذ عبد القادر عوده ص ٤٩٦.

(٢٩٢) سورة البقرة، الآية رقم ٢٥٦.

الفعل صفته غير المشروعة، وكان محل الأمر فضيلة تتفق الأديان على الأمر بها، أو رذيلة تتفق الأديان على النهي عنها، فإن قيام غير المسلم بذلك لا يحول دون وصف فعله بالمشروعية: فهو إن كان غير ملزم بذلك باعتباره غير مسلم، فهو ملزم به باعتباره مواطناً في الدولة الإسلامية، بالإضافة إلى أن قيامه به لا يناقض الإسلام ولا يناقض دينه.

٣٤٧- القدرة:

يشترط للالتزام بالأمـــر بالمعروف والنهي عن المنكر استطاعة القيام به، فمن لم يكن مستطيعاً ذلك سقط عنه واجب القيام به لقوله تعالى «لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا»[٢٩٣]. ولكن إذا قام غير المستطيع بذلك كان فعله مباحاً بل كان أجره أكثر من المستطيع.

والقدرة المطلوبة نوعان: حسية ومعنوية: فالقدرة الحسية، أي المادية أو البدنية، فهي القدرة على الأمر أو النهي دون التعرض لأذى يصيبه أو يصيب عزيزاً عليه، وتنتفي القدرة الحسية إذا كان متيقناً أن يحل ذلك الأذى، أو غلب ذلك على ظنه. ولما كانت وسائل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر متدرجة في جسامتها، إذ قد تكون بالقلب، وقد تكون باللسان، وقد تكون باليد. فإن القدرة تقاس بالنظر إلى الوسيلة التي يكون الأمر أو النهي عن طريقها؛ فمن كان لا يستطيع الأمر أو النهي باليد، وكان يستطيع باللسان لزمه الأمر أو النهي بلسانه، ومن كان لا يستطيع بيده، ولا يستطيع كذلك بلسانه لزمه ذلك بقلبه. ويلاحظ ما قدمناه من أن غير المستطيع لوسيلة معينة يثاب إذا استعملها متحملاً ما يناله أو قابلاً ما يحتمل أن يناله من أذى. ويعني ذلك أن فعله وإن كان لا يلتزم به، فهو مباح له.

أما القدرة المعنوية، فهي تعني العلم بأحكام الشريعة فيما يأمر به أو ينهى عنه؛ ذلك أن الأمر بالمعروف يفترض بداهة أن يكون الآمر به عالماً وفقاً لأحكام الشريعة أنه مأمور به، والنهي عن المنكر يفترض كذلك العلم بنهي الشريعة عنه. ولكن يتعين في تطبيق هذا الشرط التفرقة بين الأمور الجلية في ذاتها من حيث الحكم، والأمور الخفية: فإذا كان الأمر جلياً التزم به كل مسلم، وإذا كان خفياً لم يلتزم به إلا من كان علمه بالشريعة يتيح له العلم بحكمه. وفي

---

(٢٩٣) سورة البقرة، الآية رقم ٢٨٦.

تحديد أوضح، يتعين تحديد درجة خفاء الأمر، ودرجة العلم المتطلب بأحكام الشريعة، والتحقق من شمول العلم حكم ذلك الأمر. وعلة هذا الشرط أن غير العالم بحكم الشريعة من حيث الأمر أو النهي قد يخطئ في أمره أو نهيه، فيأمر بما ليس مأموراً به أو ينهى عما ليس منهياً، فتصيب مصالح المجتمع أضرار قد تكون جسيمة. ويلاحظ أن غير العالم لو طابق أمره أو نهيه حكم الشريعة، كان له ثوابه بالنظر إلى نيته، وكان فعله مباحاً ، وإن كان غير ملتزم به.

٣٤٨- جدوى الأمر أو النهي:

للأمر بالمعروف أو النهي عن المنكر علته الشرعية، وهي إتيان المأمور به أو الكف عن المنهي عنه. وبناء على ذلك، فإنه إذا غلب على ظن المكلف أن الأمر لن ينتج في إتيان المعروف المأمور به أو أن النهي لن يجدي في الانتهاء عن المنكر المنهي عنه بل قد يكون من شأنه إتيان منكر أشد، فإن المكلف لا يأثم بترك الأمر أو النهي؛ على أنه إذا أمر أو نهى كان له أجره، ومن باب أولى لا تثريب عليه، فيباح له فعله[٢٩٤].

٣٤٩- هل يشترط أن يكون الآمر بالمعروف أو الناهي عن المنكر مأذوناً له بذلك من ولي الأمر؟:

أثار تطلب هذا الشرط خلافاً في الفقه: فذهب رأي إلى أن الإذن غير مشترط، وبناء على ذلك فكل مكلف له أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر من تلقاء نفسه، ولو لم يكلفه ولي الأمر بذلك: واحتجوا لذلك بأن النصوص التي قررت هذا الالتزام وردت في صيغة من العموم بحيث تتسع لجميع المكلفين؛ فقوله تعالى: «وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاء بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَيُقِيمُونَ الصَّلاَةَ»[٢٩٥]، وقوله سبحانه: «وَتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبرِّ وَالتَّقْوَى وَلاَ تَعَاوَنُواْ عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ»[٢٩٦]، وقوله عز وجل: «كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ»[٢٩٧]، قد وضعت في صيغة من العموم بحيث تتسع لجميع المكلفين دون تخصيص لفئة معينة منهم،

---

(٢٩٤) إحياء علوم الدين جـ ٧ مجلد ٢ ص ٢٦ ، أعلام الموقعين لابن قيم الجوزية جـ ٣ ص ٢٨.

(٢٩٥) سورة التوبة، الآية ٧١. (٣) سورة المائدة، الآية ٢.

(٤) سورة آل عمران، الآية ١١٠.

ويضيفون إلى ذلك أن ولي الأمر نفسه قد يحتاج – لتنكبه الطريق السوي – إلى من يأمرونه بالمعروف وينهونه عن المنكر، ولذلك أمثلة عديدة في التـــاريخ الإسلامي، فإذا شـــرط الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بإذن ذلك الولـــي، ما وجـــد هذا السبب للإباحة مجالاً لتطبيقه، إذ لا مصلحة له في أن يأذن بذلك[٢٩٨].

ويذهـــب أصحاب الرأي الثاني إلى اشتراط إذن ولي الأمر، وحجتهم أن هذا الشرط يكفل تنصيب من يحسنون القيام بذلك لعدالتهم وقدرتهم، ويدرأ الفساد الذي يحـــدث في الغالب إذا تصـــدى لذلك الأمر غير الأهل له؛ وهذا فضلاً عن أن ذلك يكفل وضع التنظيم الشرعي لأعضاء الهيئة الذين يقومون بذلك، فتندمج في مؤسسات الدولة، بحيث لا يحدث تعارض بينها.

وعندنا أن تطلب هذا الشرط يتوقف على وسيلة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر:

فإذا كانت الوسيلة القلب جاز أن يكون من أي شخص، وكذلك الحكم إذا كانت الوسيلة اللسان وكانت الألفاظ لا تتضمن تهديداً أو زجراً مما قد تقوم به في الأصل جريمة. أما إذا كانت الوسيلة هي الألفاظ التي تقوم به في الأصل جريمة، أو كانت اليد، فإن من المصلحة – كي لا يختل الأمن في المجتمع، ولا تمس هيبة الدولـــة، وحتى لا يقـــوم الاحتمال في تجاوز حدود القدر الضروري والمتناسب لمقتضيات الأمر أو النهي – أن يحتجز ذلك لهيئة تنشئها الدولة. ومؤدى ذلك أنه إذا صدر القول أو الفعل من المكلف في النطاق المحتجز للدولة، كان مسئولاً عن فعله، لعدم شمول الإباحة له، بالإضافة إلى مسئوليته عن المساس بهيبة الدولة، لإخلاله بنظام وضعته تنظيماً لنشاطها.

وهذه الهيئة قد أقامتها الدولة الإسلامية فيما عرف «بنظام الحسبة». ويسمى القائم به «المحتسب». ونرى توضيح هذا النظام فيما يلي:

٣٥٠- الحسبة:

عرف الإمام الماوردي نظام الحســـبة بقوله «الحســـبة هي أمر بالمعروف إذا ظهر تركه، ونهي عن المنكر إذا ظهر فعله»[٢٩٩]. وعرفها الإمام

---

[١] إحياء علوم الدين، جـــ ٧ مجلد ٢ ص ٢٦ ، البحر الرائق جـــ ٥ ص ٤٢، أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٧٩، مواهب الجليل، جـ ٣ ص ٣٤٨.

[٢] الأحكام السلطانية، للماوردي، ص ٢٤٠.

الغزالي بقوله «الحسبة عبارة عن المنع عن منكر لحق الله تعالى صيانة للممنوع عن مقارفة المنكر»[٣٠٠]. والتعريف الذي أورده الإمام الماوردي أشمل وأدنى إلى الصواب: ذلك أنه أدخل في ولاية الحسبة الأمر بالمعروف، ولم يقتصر على المنع عن المنكر؛ وجعل النهي عن المنكر شاملاً كل منكر ولو كان لحق العبد، ولم يقصره على المنع عن المنكر لحق الله تعالى.

وســـند نظام الحسبة من نصوص الكتاب والسنة هي ذات النصوص التي تضمنت الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والتي سبق إيرادها فيما تقدم. وقد ربط الفقهاء بين الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، فيما رواه الإمام القرطبي عن ابن عبد البر وإمام الحرمين من أنه قد «أجمعت الأمة على وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر اللذين يقوم عليهما نظام الحسبة».

وللمحتسب في سبيل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر أن يأتي جميع الأفعال التي تباشر بها هذه الإباحة: فله التعريف، والوعظ والنصح، والتعنيف بالقول وإن كان غليظاً، والتهديد والتخويف، وهذه الأفعال يجوز للمواطن العادي – على ما تقدم – القيام بها في سبيل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وليس فيها ما يختص به المحتسب عن غيره. ولذلك كان متعيناً البحث فيما يستأثر به المحتسب من سلطات يتميز بها عن المواطن العادي، وسند هذه السلطات هو ترخيص الدولة، واعتباره عاملاً باسمها، مما يبرر له القيام بأعمال تباشر به الدولة سلطاتها:

أجاز الفقهاء للمحتسب وعماله الضرب. ويجوز أن يكون الضرب شديداً إذا اقتضت ذلك الظروف التي يؤتي المنكر فيها، بل ويجوز أن يكون الفعل الذي يأتيه المحتسب دفعاً للمنكر هو قتل مرتكبه إذا تعين ذلك أسلوباً وحيداً لدفعه، أي كان لازماً لذلك، وكان متناسباً مع جسامة المنكر. ويعد ذلك تطبيقاً لذات الشروط المقررة في «دفع الصائل»، ويفسر هذا التماثل في الشروط أن دفع المنكر هو صـــورة ممـــتازة من دفع الصـــائل، مما اقتضى التقـــارب في الأحكام.

ويجوز للمحتسب إذا كان المنكر جريمة أن يرفع الأمر إلى القضاء ليحكم فيها بالعقوبة المستحقة، وله أثناء نظر الدعوى أن يتخذ من التدابير المناسبة لمنع التمادي في ارتكابها إذا كانت جريمة مستمرة، بل ويجوز للمحتسب أن

---

[١] إحياء علوم الدين جـ ٢ ص ٣٢٣.

http://www.rafatosman.com/

ينظر الدعوى ويقضي فيها بالعقوبة إذا كانت الجريمة يسيرة، وكانت الدعوى في شأنها مبسطة لا يداخلها تعقيد، ولا تحتاج إلى عرضها على القضاء(٣٠١). «أما ما يدخله التجاحد والتناكر فلا يجوز للمحتسب النظر فيه، لأن الحاكم فيها يقف على سماع بينة وإحلاف يمين، ولا يجوز للمحتسب أن يسمع بينة على إثبات الحق ولا أن يُحلِّف يميناً على نفي الحق، والقضاة والحكام بسماع البينة وإحلاف الخصوم أحق»(٣٠٢). وتقترب سلطة المحتسب في توقيع العقوبة إذا كانت الجريمة يسيرة، والعقوبة التي يحتمل أن توقع من أجلها بسيطة، وكانت الدعوى بسيطة كذلك في عناصرها – وهي السلطة المقررة في القانون الوضعي الحديث في إصدار «الأمر الجنائي» بشروط محددة.

٣٥١- العدالة:

هل يشترط فيمن يأمر بالمعروف أو ينهى عن المنكر أن يكون ملتزماً في سلوكه أحكام الدين، ضارباً بسلوكه المثل للناس في الالتزام بالمعروف والنهي عن المنكر؟ ومؤدى ذلك أنه إذا كان الآمر أو الناهي فاسقاً، لم يكن له أن يستفيد من هذا السبب للإباحة.

تطلب بعض الفقهاء، ذلك: وحجتهم في ذلك قول الله تعالى «أَتَأْمُرُونَ النَّاسَ بِالْبِرِّ وَتَنسَوْنَ أَنفُسَكُمْ»(٣٠٣). وقوله سبحانه «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لا تَفْعَلُونَ. كَبُرَ مَقْتاً عِندَ اللَّهِ أَن تَقُولُوا مَا لا تَفْعَلُونَ»(٣٠٤). وبالإضافة إلى ذلك، فإن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي يصدر عن فاسق، لن يكون منتجاً. إذ لن يستجيب الناس لشخص يأتي من السلوك ما يناقض ما يأمر به أو ينهى عنه، بل إن أمره أو نهيه قد يكون مدعاة للتهكم والسخرية، مما قد يمس ما ينبغي أن تكون عليه أحكام الشريعة من احترام.

٣٥٢- شروط النهي عن المنكر:

لا يتقيد الأمر بالمعروف بشروط، إذ هو جائز في أي وقت وفي أي ظروف، فهو فرع عن الدعوة إلى تعاليم الإسلام ومكارم الأخلاق؛ ومع ذلك

---

(١) الأحكام السلطانية، الماوردي، ص ٢٤٠ ، ص ٢٤٤.
(٢) الماوردي ص ٢٤٠.
(٣) سورة البقرة، الآية رقم ٤٤.
(٤) سورة الصف، الآيتان ٢ ، ٣.

فالموضع الطبيعي أن يكون ذلك الأمر لمناسبة كالرد على سؤال أو تصويب موقف، كي لا يتخذ صورة تطفل أو تدخل فيما لا يعني الآمر، فيقع تحت نهي الرسول صلى الله عليه وسلم في حديثه «من حسن إسلام المرء تركه ما لا يعنيه»، خاصة وأن التطفل بالأمر قد يثير جدالاً يخل بحسن العلاقــة بين الآمر والمأمور؛ وقد يخل بالأمن في المجتمع.

أما النهي عن المنكر فيتطلب شروطاً، كي يصادف موضعه، فيحقق الغرض المبتغى به: فيتعين في المقام الأول أن يوجد منكر، ويتعين بعد ذلك أن تتوافر في هذا المنكر شروط، وهذه الشروط – كما يتضح فيما يلي – قريبة من شروط «دفع الصائل»، بالنظر إلى الصلة بينهما وبين النهي عن المنكر، على ما تقدم.

فيتعين أن يكون هذا المنكر حالاً أو وشيك الوقوع، ويتعين أن يكون ظاهراً بحيث يعاينه الآمر بطريق مشــروع. ويتعين أن يكون تغيير المنكر بالوسيلة اللازمة والمتناسبة مع جسامة المنكر.

٣٥٣- وجود المنكر وحلوله:

المنكر هو كل معصية لحكم شرعي، أي كل أمر يخالف قاعدة مقررة في الشريعة الإسلامية، ومثالها تعاطي الخمور أو المخدرات، ولعب الميسر، وإقامة حفلات المجون، والإخلال بالآداب العامة.

وبناء على ذلك، فإنه إذا لم يكن الأمر منكراً، فلا وجه لدفعه وإن خالف تقليداً، كارتداء ملابس غير مألوفة أو التخاطب بلغة غير مفهومة. ويتعين أن يكون المنكر موضع إجماع عند فقهاء الشريعة، فإن كان مذهب يجيزه فلا وجه للتعرض لمن يأتيه، فمن حق المسلم أن يختار المذهب الذي يقتنع به، طالما كان من المذاهب المعترف بها(٣٠٥).

ويتعين أن يكون المنكر حالاً. ويتضمن ذلك فرضين: **الفرض الأول:** أن يكون موجوداً فعلاً، كمن يعاين شخصاً يطعن آخر لقتله أو شخصاً يأتي فعلاً مخلاً بالآداب العامة. **والفرض الثاني:** أن يكون وشيكاً، أي محتملاً في تقدير شخص معتاد، أي شخص متوسط الخبرة، كأن يشاهد شخصاً يوجه سلاحه لآخر ولم يصبه بعد، ومن يعاين شخصاً يصطحب امرأة إلى مكان مشبوه. وبناء على

---

(٣٠٥) أسنى المطالب جـــ ٤ ص ١٨٠.

ذلك، فإنه إذا كان المنكر مستقبلاً لم يحل بعد ولم يتحقق احتمال حلوله أو كان قد انتهى فلا محل لدفعـــه، وإنما يكون الاختصاص بتفـــادي حلوله أو عقاب مرتكبيه من شأن السلطات العامة.

٣٥٤- ظهور المنكر:

يفترض دفع المنكر أنه ظهر، فعلم به مصادفة دافعه دون سعي منه لاستكشافه وإظهار أمره، فذلك هو الضابط في التحقق من أن اكتشافه تم دون حاجة إلى أساليب غير مشروعة. ويلحق بذلك أن يكون المنكر غير ظاهر، ولكن دافعه اكتشفه بوسيلة مشروعة.

فيكون المنكر ظاهراً إذا عاينه دافعه بإحدى حواسه، كعينه كما لو شاهد المنكر يرتكب في مكان عام، أو بأذنه كما لو سمع أصواتاً صادرة من مكان خاص يستدل منها على ارتكاب اغتصاب فيه، أو عاينه بأنفه كما لو اشتم رائحة احتراق المخدر في مكان خاص.

ومؤدى ذلك أنه لا يجوز دفع المنكر إذا كان يرتكب في مكان خاص، ولم تكن تدل عليه مظاهر خارجية، ولكن ثارت شبهات، وإن تكن قويه، على ارتكابه في ذلك المكان: ذلك أن وسيلة اكتشاف المنكر في هذا الفرض لن تكون غير التجسس؛ وقد نهت عنه الشريعة. فقد قال الله تعالى «وَلا تَجَسَّسُوا»[٣٠٦]. وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «يا معشر من آمن بلسانه ولم يدخل الإيمان قلبه لا تغتابوا المسلمين، ولا تتبعوا عوراتهم، فإنه من يتبع عورة أخيه المسلم يتبع الله عورته، ومن يتبع الله عورته يفضحه ولو كان في جوف بيته». وقال كذلك «إنك إن تتبع عورات الناس أفسدتهم أو كدت تفسدهم». ويروى في هذا الصدد أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه تسلق دار رجل فوجده يرتكب معصية، فأنكر عليه الرجل ذلك وقال، يا أمير المؤمنين إن كنت أنا قد عصيت الله من وجه واحد فأنت قد عصيته من ثلاثة أوجه، فقال: وما هي؟ قال الرجل: قال الله تعالى «ولا تجسسوا» وقد تجسست، وقال تعالى «وأتوا البيت من أبوابها» وقد تسورت، وقال: «لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها» وأنت ما سلمت. فتركه عمر وشرط عليه التوبة. ويرجع

---

(٣٠٦) سورة الحجرات الآية رقم ١٢.

ترك عمر للرجل وعدم معاقبته وعدم تغيير المنكر إلى أن دخول المسكن كان بغير حق.

وإذا عين ولي الأمر شخصاً – يعاونه فئة من الأشخاص، عهد إليهم وحدهم أو بالإضافة إلى عامة المكلفين دفع المنكر، وذلك هو المحتسب ومعاونوه – كان له أن يحدد الحالات والشروط التي يجوز لهم بناء عليها دخول المساكن واستكشاف ما يقتضي تدخل السلطة العامة: فإذا عاينوا منكراً كان لهم أن يدفعوه. ومن أمثلة هذه الحالات: أن تطلب المساعدة من داخل المسكن، كأن تصدر أصوات استنجاد من شخص موجود فيه؛ أو أن تحدث كارثة فيه، كأن يشب حريق أو أن يكتشف حيوان ضار فيه كأفعى. فإذا عاين أحدهم منكراً داخل المسكن كان له دفعه. ولا يعتبر ذلك تجسساً منهياً عنه، وإنما هو استعمال لسلطة خولها من يملكها.

ويترتب على هذا الشرط أنه إذا عوين المنكر عن طريق التجسس فكان دفعه غير جائز، فلا عقاب على من صدر عنه المنكر، بل ويعاقب المتجسس، إذ قد خالف نهي الله تعالى عن التجسس في قوله سبحانه «وَلا تَجَسَّسُوا»؛ وعدم عقاب من صدر عنه المنكر وهو غير مجاهر به قول رسول الله صلى الله عليه وسلم «من أتى شيئاً من هذه القاذورات، فليستتر بستر الله، فإنه من يبد لنا صفحته نقم حد الله تعالى عليه». ويجوز أن يقاس على التجسس كل سبيل غير مشروع لدخول المسكن، أو المكان الخاص إجمالاً، الذي يرتكب فيه المنكر[٣٠٧].

٣٥٥- ملاءمة وسيلة دفع المنكر:

يعني اشتراط ملاءمة وسيلة دفع المنكر تناسبها مع جسامة المنكر كما تحددها ظروف ارتكابه، وخاصة ظروف مرتكبه ومقدار ما تتطلبه من قوة لدفع المنكر. وهذا الشرط هو ذاته ما يتطلبه «دفع الصائل»، وقد تقدم بيانه. ويترتب عليه وجوب اقتصار العنف الذي يستعمل لدفع المنكر على القدر الكافي لذلك، فإن جاوزه كان الدافع مسئولاً: فإذا كان دفع المنكر يكفي فيه اللسان فإن دفعه باليد تجاوز للملاءمة، وإذ كان يكفي فيه ضرب يسير، فإن استعمال الضرب الجسيم ينطوي على تجاوز.

---

[٣٠٧] إحياء علوم الدين جـ ٥ ص ٣٤.

وعلة هذا الشرط أن دفع المنكر نوع من الضرورة اقتضاه عدم حضور ولي الأمر أو ممثله ليدفع المنكر، فحل محله استثناء المكلف الذي عاين المنكر، والأصل أن تقدر الضرورة بقدرها.

٣٥٦- وسائل دفع المنكر:

يتقيد دفع المنكر بأن يكون بوسيلة تقرها الشريعة، لأنه إذا كان بوسيلة تنكرها الشريعة لكانت هذه الوسيلة في ذاتها منكراً، وبديهي أنه لا يجوز دفع المنكر بمنكر مثله، ذلك أن المنكر الدافع للمنكر يقتضي بدوره دفعاً، وبذلك يدور الأمر في حلقة مفرغة. وبالإضافة إلى ذلك، فإن مرتكب المنكر الدافع لمنكر آخر مسئول، فلا محل لأن يستفيد من إباحة. وتطبيقاً لذلك، فإنه لا يجوز دفع المنكر بفعل يفضي إلى خطر عام كحرق الدار الذي يرتكب فيها المنكر مع ما ينطوي عليه ذلك من احتمال امتداد النار إلى دور أخرى لا شأن لأصحابها بهذا المنكر. ولا يجوز دفع المنكر بفعل يمس عرض مرتكبه أو يمس الحياء العام في مكان دفع المنكر.

وقد حصر الإمام أبو حامد الغزالي وسائل دفع المنكر في سبع وسائل، هي: التعريف، والنصح، والوعظ، والتعنيف، والتغيير باليد، والتهديد بالضرب والقتل، وإيقاع الضرب، والاستعانة بالغير[٣٠٨].

ونرى أن خير تأصيل لوسائل دفع المنكر هو ما أورده الرسول صلى الله عليه وسلم في قوله «من رأى منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان».

واستناداً إلى هذا الحديث الشريف، فإن وسائل دفع المنكر ترد إلى ثلاث: الدفع بالقلب، والدفع باللسان، والدفع باليد. والوسائل التي ذكرها الإمام الغزالي تدخل في نطاق الدفع باللسان والدفع باليد، إذ أن الدفع بالقلب لا يثير مشكلة، حيث إنه لا يقوم به فعل يثور في شأنه التساؤل حول خطره أو إباحته.

٣٥٧- الدفع بالقلب:

يعني تغيير المنكر بالقلب – على ما ورد في حديث الرسول صلى الله عليه

(٣٠٨) إحياء علوم الدين جـ ٥ صفحة ٤٥.

وسلم – أن يستنكر المكلف ذلك المنكر، وأن يقاطع مرتكب المنكر حتى يعود إلى صوابه، فإن كان مرتكب المنكر يقيم في داره موائد الخمر أو يجهز وسائل الميسر أو يستقبل فيه الفساق، فالدافع بقلبه يمتنع عن دخول تلك الدار. وإذا لقيه، فهو يعرض عنه، ولا يلقي إليه تحية، بل ويجوز ألا يرد عليه تحيته. وقد يكون هذا الأسلوب للدفع منتجاً إذا كان الدافع ممن يعرفون بالتقوى والصلاح أو كان من أصحاب النفوذ، أو كانت له صلة سابقة بمرتكب المنكر، إذ قد يحمله ذلك على الكف عن منكره.

٣٥٨- الدفع باللسان:

يدخل في نطاق الدفع باللسان الوسائل الثلاث الأولى التي ذكرها الإمام الغزالي وهي: التعريف، والنهي بالنصح والإرشاد، والتعنيف. وتجتمع هذه الوسائل في الدعوة إلى سبيل الله بالحكمة والموعظة الحسنة، والجدال بالتي هي أحسن. وهي تدخل في نطاق قوله تعالى: «ادْعُ إِلِى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحِكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُم بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ»[٣٠٩]. وإنما تتدرج هذه الوسائل وفق ما تنطوي عليه كل وسيلة من شدة، يشترط أن تقتضيها الظروف التي يدفع فيها المنكر. ونفصل ذلك فيما يلي:

٣٥٩- التعريف:

يفترض التعريف جهل مقترف المنكر أنه منكر، فهو شخص حسن النية، فيفترض أنه لو علم أنه منكر لكف عنه. ويتعين أن يكون التعريف بالرفق واللين، إذ لا تقتضي ظروف الحال ما يجاوز ذلك. ومؤدى ذلك استعمال العبارة الملائمة، لأنه لو جاوز ذلك لكان إيذاء لمقترف المنكر، وإيذاء المسلم حرام شرعاً، لقوله صلى الله عليه وسلم «كل المسلم على المسلم حرام: دمه وعرضه وماله»، وإيذاء حسن النية بالقول هو إيذاء لعرضه.

٣٦٠- النصح والوعظ:

يفترض النصح والوعظ أن فاعل المنكر يعلم أنه منكر، ولكنه عرف عنه حسن الفهم وجواز الاقتناع، فيرجح أن النصح والوعظ يجديان في صرفه عن

---

(٣٠٩) سورة النحل، الآية رقم ١٢٥.

المنكر، مثال ذلك الخائن في مال أؤتمن عليه، إذا غلب على الظن – لماضيه الذي لم يشبه سوء – أن يعيد المال إلى مالكه ويكف عن سلوك مماثل. ويتعين طالما أن المجال هو النصح والوعظ أن يكون رفيقاً هادئاً، حتى يصدق عليه أنه «دعوة إلى سبيل الله بالحكمة والموعظة الحسنة وجدال بالتي هي أحسن». فيبتعد عن الشدة في القول والقسوة في العبارة.

٣٦١- التعنيف:

التعنيف يعني النصح المتسم بالحزم والجدية وقد يصطحب الإنذار بسوء العاقبة في الدنيا والآخرة إذا أصر مرتكب المنكر على غيه. وإذا اشتد الإنذار، فقد يبلغ مبلغ التهديد الدنيوي. ولكن يشترط لجوازه في هذه الحالة أن يكون وعيداً بأمر مشروع، كإبلاغ السلطات المختصة، كالشرطة أو النيابة العامة، أو الرؤساء الإداريين أو إبلاغ شخص له سلطة أو نفوذ مادي أو معنوي عليه، كأب أو أم أو أخ أكبر أو زوج أو رب عمل. وبناء على ذلك، فإنه لا يجوز أن يكون التهديد بقتل أو جرح أو إحراق بيت أو إتلاف مال، فمن غير الجائز أن يكون الوسيلة إلى إنفاذ حكم شرعي التذرع بأمر غير جائز شرعاً؛ وفي تعبير آخر لا يجوز أن يكون سبب الإباحة منطوياً من بين عناصره على أمر غير مشروع.

ويتعين أن يكون التعنيف – على الرغم مما فيه من شدة – غير متضمن مساساً بشرف مرتكب المنكر واعتباره: فلا يجوز أن ينطوي التعنيف على سب مرتكب المنكر أو تحقيره وإهانته، لذات العلة، وهي عدم جواز انطواء سبب الإباحة على أمر غير مشروع، بالإضافة إلى أن السب والإهانة يغلب أن يفوتا الغرض من التعنيف، إذ قد يحمله ذلك على الإصرار على تصرفه، بل والتمادي فيه. وفي النهاية، فإن تعيير مرتكب المنكر بل والمجرم بفعله غير جائز شرعاً، لقوله عليه الصلاة والسلام «لا تعينوا الشيطان على أخيكم» لمن عـير مجرماً بجريمته.

٣٦٢- التغيير باليد:

يراد بالتغيير باليد استعمال القوة المادية في إزالة وسيلة ارتكاب المنكر، كإراقة الخمر أو إتلاف آلة الميسر أو وسيلة اللهو غير الجائز شرعاً. ويراد به كذلك ضرب مرتكب المنكر كي يمتنع عنه، وتهديده باستمرار ذلك حتى يكف

عن التمادي في إتيانه. وقد يبلغ التغيير باليد درجة قتل مرتكب المنكر إذا تعين ذلك وسيلة لا بديل لها لإنهاء ارتكاب المنكر، ومثال ذلك أن يتخذ المنكر صورة الدعوة إلى المعاصي أو الدعوة إلى الخروج على العقيدة – سواء عن طريق القول أو الكتابة – ويثبت عدم جدوى أية وسيلة – دون القتل – لمنعه من ذلك، فيتعين قتله لاتقاء شره على الدين، أو ما يرتبط به بالضرورة من قيم وفضائل.

إن "دفع المنكر عن طريق اليد جائز شرعاً، لقوله عليه الصلاة والسلام «من رأى منكراً فليغيره بيده ...». ولكن السؤال الذي يفرض نفسه، هو ما إذا كان دفع المنكر بهذه الوسيلة جائز للمواطن العادي، أم أن ذلك يقتصر على ولي الأمر، أي «السلطات العامة».

٣٦٣- مدى حق المواطن العادي في الدولة الإسلامية في دفع المنكر مباشرة بيده:

إن إقرار حق كل مواطن في أن يغير بيده مباشرة، ودون التجاء إلى السلطات العامة منكراً رآه يعترضه أنه قد يكون من شأنه الإخلال بالأمن والنظام في المجتمع الإسلامي، بل وتعريضه للفتن التي قد تعصف بكيانه، فمن المحتمل أن يظل مرتكب المنكر مصراً على غيه، ويرد بالقوة المادية على القوة التي يستعملها من يسعى إلى رده عن ذلك، فينشأ الاقتتال بينهما؛ وقد يستعين كل منهما بأنصار له يشاركونه موقفه، فيفضي ذلك إلى الفتنة، وقد يتطور إلى حرب أهلية بين فئتين من المواطنين. وهذا الاحتمال له خطورته، بالإضافة إلى أنه من غير المنطقي أن يكون السعي إلى احترام أحكام الدين وفضائله مفضياً إلى هذا الباب من الشر على المجتمع الإسلامي.

ويؤيد هذه المخاوف أن المواطن الذي يدفع المنكر بالعنف قد يكون علمه بأحكام الشريعة غير كاف، وقد يكون حكمه على ما عاينه واعتبره منكراً غير دقيق. فقد يكون ما ظنه منكراً هو في حقيقته مطابق لأحكام الشريعة.

وبالإضافة إلى ما تقدم: فإن إقدام كل مواطن على استعمال القوة المادية لدفع ما رآه – في تقديره – منكراً هو اعتداء خطير على سلطة الدولة الإسلامية وهيبتها، وفيه اعتداء على اختصاصها، إذ هي المنوط بها حماية الشريعة وإعمال أحكامها ولو بالقوة الجبرية. وبناء على ذلك فلا يجوز إقراره بغير حدود.

وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في شأن المساس بهيبة الدولة: «من كان عنده نصيحة لذي سلطان فلا يكلمه بها علانية، وليأخذه بيده فليخل به، فإن قبلها قبلها، وإلا كان قد أدى الذي عليه والذي له»، وقال كذلك «من أهان سلطان الله في الأرض أهانه الله في الأرض».

لذلك، نرى أن تغيير المواطن العادي المنكر بيده مباشرة غير جائز شرعاً، فلا يجوز له أن يحرق متجراً يباع فيه الخمر أو يخرب ملهى يمارس فيه لهو غير مسموح به، أو أن يقتل أو يضرب خطيباً يدعو – في تقديره – إلى ما يخالف الشريعة أو كاتباً يدعو إلى أفكار تخالف الشريعة. وإن فعل ذلك كان مسئولاً لخروجه عن نطاق الإباحة.

ولكن المشكلة هي في كيفية التوفيق بين هذا الرأي، وما ورد في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم «من وجوب تغيير المنكر». نرى في المقام الأول وجوب الجمع بين هذا الحديث، وبين الحديثين السابق الإشارة إليهما اللذين حددا كيفية النصح لولي الأمر وعدم جواز إهانته. إن هذا التوفيق في تقديرنا أنه إذا رأى المواطن في الدولة الإسلامية منكراً لا يدفع إلا باليد، كان عليه أن يبلغ عنه السلطات العامة كي تتولى – بناء على اختصاصها – دفعة بالقوة الجبرية، وإذا لم تفعل كان عليه أن يستحثها على ذلك بالوسائل المشروعة، كمعاودة الاتصال بها، والكتابة في الصحف بذلك، وتوجيه السؤال أو الاستجواب إليها في شأن ذلك في المجلس النيابي. فإذا لم يستجب له فقد فعل ما يتعين عليه، ولا يلتزم بشيء سوى ذلك، مصداقاً لقول الرسول صلى الله عليه وسلم «... وإلا كان قد أدى الذي عليه والذي له».

ولكن إذا كان المواطن يعمل باسم الدولة كموظف بها، أو كان مكلفاً بخدمة عامة لفترة مؤقتة، وكان يدخل في نطاق اختصاصه كموظف أو في نطاق الخدمة المكلف بها دفع المنكر بالقوة، كان له، بل كان عليه أن يقوم بذلك. وإذا غابت الدولة – لظروف قاهرة كنشوب حرب أو قيام فتنة فللمواطن – باعتباره «موظفاً فعلياً» – أن يتولى ذلك الدفع، إذ يفترض أن الدولة كانت تكلفه بذلك لو كانت موجودة؛ ويجوز للمواطن أن يقوم بذلك، ولو كانت الدولة حاضرة، ولكن لم يكن عمالها موجودين في الوقت والمكان اللذين يؤتي فيهما بالمنكر، وكان الوضع يقتضي تدخلاً عاجلاً، وإلا ترتبت مخاطر قد لا يستطاع

تداركها فيما بعد، كان للمواطن في هذه الظروف أن يستفيد من الإباحة، وسنده في ذلك «حالة الضرورة».

٣٦٤- قيود الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر:

يتقيد الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بقيود مستمدة من القواعد العامة مجملها ألا يكون مفضياً إلى إهدار مصالح أو تضييع حقوق ذات أهمية على ما يحققه من مصلحة.

وأهم أمثلة لذلك أن يكون الأمر بالمعروف موجهاً إلى ذي سلطان، وبصفة خاصة إلى ولي الأمر، أو كبار معاونيه، إذ تقتضي المصلحة العامة أن تكون لهم هيبتهم صيانة لهيبة الدولة وإبقاء على سلطتها، وهي من بين مقوماتها.

وقد ورد في هذا القيد حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم «من كانت عنده نصيحة لذي سلطان فلا يكلمه بها علانية، وليأخذ بيده فليخل به، فإن قبلها قبلها، وإلا كان قد أدى الذي عليه والذي له».

ومثال ذلك أيضاً أن يكون الأمر أو النهي موجها إلى أحد الأبوين، ومثلهما ومن باب أولى أحد الجدين، إذ يتعين أن يكون ذلك مع الاحتفاظ لهما بالاحترام الذي تقتضيه الأبوة أو الأمومة، فإن كان بالقول تعين أن يكون باللين والرفق، وإن كان بالفعل فلا يجوز أن يمتد إلى بدن أي منهما، إذ ينطوي ذلك بالضرورة على ما يخل بالاحترام الواجب لكل منهما، وإنما يقتصر على المال كإراقة خمر أو إتلاف أدوات لهو غير جائز شرعاً. وسند هذا القيد قول الله تعالى في شأن الوالدين: «فَلاَ تَقُل لَّهُمَا أُفٍّ وَلاَ تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلاً كَرِيماً»[٣١٠].

ومثال ذلك أيضاً أن يكون الأمر أو النهي من أحد الزوجين إلى الآخر أو من أحد الأبوين للأبناء، إذ يتعين في الحدود التي لا يصل فيها الأمر أو النهي إلى إفساد علاقة الزوجية أو صلة البنوة، ويصير هذا القيد أكثر وضوحاً إذا كان الأمر أو النهي صادراً من الزوجة إلى زوجها. وسند هذا القيد، فيما يختص بالعلاقة بين الزوجين قول الله تعالى في شأنها «وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ

---

[٣١٠] سورة الإسراء الآية رقم ٢٣.

[٢] سورة الروم الآية رقم ٢١.

أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً»[٣١١]، وقول رسول الله في شأن الزوجة «لو جاز السجود لمخلوق لأمرت الزوجة أن تسجد لزوجها».

وهذه القيود أوردناها على سبيل المثال، ويمكن أن نستخلص القيود في جميع الحالات التي يكون الأمر أو النهي بوسيلة معينة مفضياً إلى إهدار مصلحة تحرص الشريعة على صيانتها، إذ يتعين أن يرد على الأمر أو النهي القيد الذي من شأنه التوفيق بين المصلحة التي يحققها الأمر أو النهي وبين المصلحة الأخرى التي لا يجوز إهدارها.

٣٦٥- حكم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر:

إذا توافرت جميع شروط الأمر بالمعروف أو النهي عن المنكر، وانتفت قيوده، فكان الأمر بالمعروف أو دفع المنكر واقعاً في نطاق الإباحة، كان ذلك الأمر أو الدفع مشروعاً، فلا تقوم به مسئولية قط، سواء في ذلك المسئولية الجنائية أو المسئولية المدنية. وإذا أسهم معه شخص آخر في قوله أو فعله استفاد بدوره من سبب الإباحة.

ويترتب على ذلك أيضاً أن مرتكب المنكر الذي يوجه إليه فعل الدفع ليس له أن يدفع بدوره ذلك الفعل محتجاً «بدفع الصائل»، ذلك أنه طالما كان الفعل مشروعاً، فلا يعتبر صيالاً، ومن ثم لا مجال لدفع في مواجهته. ولكن شرط ذلك التزام قواعد دفع المنكر وقيوده. أما إذا خرج عليها، فلم يكتسب فعله الصفة المشروعة، فإن دفع الصائل يكون جائزاً في مواجهته.

٣٦٦- التجاوز في الأمر بالمعروف أو النهي عن المنكر:

إذا انتفى أحد الشروط المتطلبة لإباحة الأمر بالمعروف أو النهي عن المنكر، وبصفة خاصة إذا لم يتوافر التناسب بينه وبين المعروف الذي يراد الأمر به أو المنكر الذي يراد دفعه كان الأمر أو النهي غير مباح، ومؤدى ذلك أن تقوم المسئولية عن ذلك الفعل. وتكون هذه المسئولية عمدية إذا كان مرتكب الفعل قد تعمد الخروج على هذه الشروط؛ وتكون غير عمدية إذا لم يتحقق من توافر هذه الشروط في حين كان في استطاعته ومن واجبه ذلك التحقق، إذ

يتوافر الخطأ لديه، أما إذا لم يكن ذلك في استطاعته ومن واجبه، فلا مسئولية عليه، ويعتبر ذلك تطبيقاً لنظرية الغلط في الإباحة.

٣٦٧- الفرق بين دفع الصائل والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر:

إن تحديد شروط دفع المنكر وشروط دفع الصائل وقيود كل منهما، وهي متقاربة، بل ومتماثلة في أغلبها يثير التساؤل عن مدى استقلال كل منهما وذاتيته تجاه الآخر: ألا يكفي دفع الصائل لتحقيق الغاية التشريعية المبتغاة بدفع المنكر؟ الجواب على ذلك أن كلا من سببي الإباحة مستقل عن الآخر، وإن وجد مجال تجتمعان فيه.

ولا شك في أن الصيال في ذاته منكر، لأنه اعتداء على مصلحة يحميها الشارع أو تهديد لها بالخطر، ومن ثم كان دفعه دفعاً للصائل، وكان كذلك دفعاً لمنكر. ولكن يأتي الفارق بينهما من حيث أن دفع الصائل يفترض صيالاً، أي اعتداء على نفس أو مال أو تهديداً لأيهما بالخطر. ولكن دفع المنكر لا يفترض في أغلب حالاته ذلك: فمعاينة شخص يتعاطى خمراً أو مخدراً؛ أو يلعب ميسراً؛ أو يأتي أفعال لهو غير جائز شرعاً؛ أو يتصل جنسياً بامرأة برضاء صحيح منها؛ أو يمارس صلة شاذة بشخص برضائه؛ أو يأتي في الطريق العام فعلاً على جسمه مخلاً بالحياء، كأن يظهر عارياً أو يحاول الانتحار أو إصابة نفسه، كل هذه أمثلة لفروض يوجد فيها المنكر الذي يتعين دفعه، ولا يوجد فيها صيال، أي هجوم، يجوز دفعه. في هذه الفروض، وأمثلتها كثيرة، تتوافر شروط «دفع المنكر»، ولا تتوافر شروط «دفع الصائل».

وبالإضافة إلى ذلك، فإنه يوجد بينهما فارق من حيث العلة التشريعية: فعلة دفع الصائل – على ما تقدم – هي تمكين المدافع من أن يرد اعتداء أو خطراً على نفسه أو ماله أو نفس غيره أو ماله حين لا تستطيع الدولة أن تقوم بذلك، أما علة دفع المنكر فهي تمكين المواطن من أن يسهم مع الدولة وجنباً إلى جنب معها في تطهير المجتمع الإسلامي من المفاسد والرذائل. ولو كانت لا تمسه أو تهدده بشيء، وذلك تحقيقاً للتضامن بين جماعة المسلمين في دعم إعلاء كلمة الشريعة وإرساء الأخلاق والفضائل الإسلامية، فالعلة ليست الذود عن مصلحة فردية، ولكنها الذود عن حقوق الله تعالى ودعم الأسس الأخلاقية للمجتمع الإسلامي.

٣٦٨- الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في التشريع الجنائي الوضعي:

لا يعرف التشريع الجنائي الوضعي نصاً عاماً يقرر التزاماً أو يخول حقاً للمواطنين في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر – على مثال ما قرره قول الرسول صلى الله عليه وسلم «من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، وإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان». ويستخلص من ذلك أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ليس سبباً عاماً للإباحة في القانون الوضعي. وتعليل هذا الفارق بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي هو النزعة الفردية النفعية للقانون الوضعي التي تقصر حقوق المواطنين والتزامهم على القدر الأدنى اللازم لاحتفاظ المجتمع بكيانه ومقومات وجوده، وذلك مقابل النزعة الأخلاقية المثالية التي تتسم بها الشريعة الإسلامية، فتوسع بناء عليها حقوق المواطنين والتزاماتهم إلى كل ما يقتضيه دعم القيم الأخلاقية وتوطيد التضامن الاجتماعي بين مواطني الدولة الإسلامية.

ولكن الشارع الوضعي لم يستطع التخلي تماماً عن القيم التي أرستها الشريعة، مقدراً أن قدراً – وإن يكن محدوداً – من المثالية الأخلاقية ضروري لوجود المجتمع المتحضر. فمن حيث الدفع بالقول أو الكتابة قرر للمواطن الطعن في عمل الموظف العام أو ذي الصفة النيابية العامة أو المكلف بخدمة عامة إذا كان متصلاً بالوظيفة أو النيابة أو الخدمة (المادة ٣٠٢، الفقرة الثانية من قانون العقوبات المصري). واعترف للمواطن بالحق في نقد التصرفات التي تهم جمهور الناس (المادة ٤٧ من الدستور المصري)، واعترف له بالحق في الإبلاغ عن الجرائم (المادة ٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية المصري) وألزمه بذلك إذا كان موظفاً عاماً (المادة ٢٦ من قانون الإجراءات الجنائية المصري).

ومن حيث الدفع باليد، فقد أجاز للمواطن الذي شاهد شخصاً متلبساً بجناية أو جنحة يجوز فيها قانوناً الحبس الاحتياطي، أن يسلمه إلى أقرب رجل من رجال السلطة العامة دون احتياج إلى أمر بضبطه (المادة ٣٧ من قانون الإجراءات الجنائية المصري(، ووسع من نطاق هذا الحق إذا كان المواطن موظفاً عاماً (المادة ٣٨ من قانون الإجـــراءات الجنائية المصري). ومن المحتمل أن تزيد هذه الحـــالات بقـــدر ما ينمو الشعـــور بالتضامن الاجتماعي، ويدعو التطور الاجتماعي والسياسي إلي المزيد من إسهـــام المواطنين في الشئون العامة للمجتمع.

المبحث الرابع
حالة الضرورة

٣٦٩- تعريف:

حالة الضرورة هي مجموعة من الظروف تهدد شخصاً بالخطر، وتوحي إليه بطريق الخلاص منه، وذلك بإتيان فعل محرم أصلاً. والغالب في حالة الضرورة أنها ليست وليدة فعل إنسان، وإنما هي وليدة قوي الطبيعة، وإذا كانت من عمل إنسان فهي ليست بقصد حمل شخص علي إتيان الفعل المحرم، وإنما يتعين علي من يهدده الخطر أن يتصور الوسيلة إلي تفاديه مستوحياً الظروف المحيطة به. ومثال الضرورة أن يوجد شخص في مكان قفر بعيد عن العمران ويحس الجوع الذي يهدد حياته بالخطر، فيتناول محرما مثل لحم خنزير أو ميتة كي ينقذ نفسه من الهلاك جوعاً، أو يشعر بالعطش الذي يوشك أن يقتله فيتناول خمراً لكي ينقذ نفسه من الموت عطشاً؛ أو أن توشك سفينة علي الغرق فيلقي ربانها في الماء بعض حمولتها من البضائع كي ينقذ الأشخاص الذين تحملهم أو البضائع الأخرى التي حملت بها. ومثال الضرورة كذلك أن يوجد شخص في مبني مملوك لغيره، وقد اشتعلت فيه النار فيتلف بعض أجزائه لكي يستطيع الفرار بنفسه والنجاة من الموت أو من الإصابة حرقاً، أو يستولي علي ماء يملكه غيره لكي يستعمله في إطفاء الحريق والنجاة بنفسه. وتقوم حالة الضرورة في المثال السابق إذا عاين المكلف المبني الذي يحترق وكان فيه أشخاص تحاصرهم النيران، فأتلف جزءًا من المبني أو استولي علي ماء لغيره لكي ينقذ هؤلاء الأشخاص من الموت احتراقاً. ومن أمثلة الضرورة كذلك أن يقضي الطبيب علي الجنين إنقاذاً لحياة الأم في ولادة عسرة؛ أو أن يجري ممرض عملية جراحية لشخص يهدده الموت، في ظروف يستحيل فيها الاستعانة بطبيب.

ويتضح من هذه التطبيقات لحالة الضرورة أن نطاقها متسع، فقد يهدد الخطر الذي تقوم به النفس وقد يهدد المال. وقد يهدد نفس أو مال الشخص الذي أتي الفعل الضروري، وقد يهدد غيره كما في مثال الطبيب الذي أهلك الجنين إنقاذاً للأم، أو الممرض الذي أجرى العملية الجراحية إنقاذاً لمريض، أو

الشخص الذي أخمد حريقاً إنقاذاً لشخص آخر. ولا يشترط في هذه الأمثلة الأخيرة أن تربط صلة معينة بين من أتي الفعل الضروري ومن أنقذ في نفسه أو ماله بالفعل الضروري.

٣٧٠- النصوص الشرعية في شأن حالة الضرورة:

تضمن القرآن الكريم آيات كثيرة نصت علي تطبيقات لحالة الضرورة. ومن هذه التطبيقات يمكن استقراء صياغة نظرية عامة للضرورة.

فقد قال الله تعالي «حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالْدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلاَّ مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَن تَسْتَقْسِمُواْ بِالأَزْلاَمِ ذَلِكُمْ فِسْقٌ الْيَوْمَ يَئِسَ الَّذِينَ كَفَرُواْ مِن دِينِكُمْ فَلاَ تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنِ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الإِسْلاَمَ دِيناً فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ»[٣١٢]. في هذه الآية الكريمة عدَّد الله سبحانه تعالي بعض المحرمات من الطعام، ثم أردف ذلك باستثنائه من التحريم حالة المضطر في مخمصة، أي في مجاعة سواء كانت الجماعة عامة تهدد جميع من يوجدون في مكان معين أو تهدد المكلف خاصة لوجوده في مكان لا يجد فيه طعاماً حلالاً، فاستثني سبحانه هذا الفرض من التحريم، ومؤدي الاستثناء أن صار تناول الطعام المحرم في هذا الفرض حلالاً، أي صار الطعام مباحاً. ومن هذا النص الكريم يستخلص أن حالة الضرورة سبب من أسباب الإباحة، وليست مجرد مانع من المسئولية علي نحو ما يقرره التشريع الوضعي المعاصر. وقد علل سبحانه هذه الإباحة، بقوله «فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ» أي أن غفرانه ورحمته بعباده اقتضيا ألا يكون التحريم مطلقاً، بل أنه يرد عليه استثناء، يعود بفعل المكلف إلي أصل الإباحة.

ومن النصوص القرآنية الكريمة التي أكدت ذات الحكم، قوله سبحانه «"وَمَا لَكُمْ أَلاَّ تَأْكُلُواْ مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلاَّ مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ وَإِنَّ كَثِيراً لَّيُضِلُّونَ بِأَهْوَائِهِم بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ»[٣١٣].

---

[٣١٢] سورة المائدة، الآية رقم ٣.

[٢] سورة الأنعام، الآية رقم ١١٩.

ومنها كذلك قوله تعالي «قُل لاَّ أَجِدُ فِي مَا أُوْحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّماً عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلاَّ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَماً مَّسْفُوحاً أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقاً أُهِلَّ لِغَيْرِ اللّهِ بِهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ»[٣١٤]

وقوله سبحانه «إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالْدَّمَ وَلَحْمَ الْخَنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللّهِ بِهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ»[٣١٥].

وقوله جل شأنه «إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ»[٣١٦].

٣٧١- تأصيل السنة لحالة الضرورة:

حديث رسول الله صلي الله عليه وسلم الذي تضمن تأصيل حالة الضرورة، ومنه استخلصت شروطها واستظهر حكمها، هو قوله "لا ضرر ولا ضرار". هذا الحديث ينهي عن إنزال المكلف الضرر بغيره ولو كان يريد لنفسه من نزول هذا الضرر نفعاً، وينهي كذلك عن إنزال المكلف الضرر بغيره وإن لم يكن له من وراء ذلك نفع. ويعني ذلك أن الضرر هو ما قابله نفع، والضرار ما لم يقابله نفع. وقد استخلص الفقهاء من الأصل الذي قرره هذا الحديث مبدأ أن "الضرر يزال". هذا المبدأ يُعَدُّ السند الشرعي لحالة الضرورة، ذلك أنه إذا هدد المكلف ضرر كالموت جوعاً أو عطشاً أو الهلاك حرقاً، فإن من حقه، بل من واجبه أن يزيل هذا الضرر بالفعل الذي من شأنه ذلك، ويكون هذا الفعل بناء علي ذلك مباحاً، إن أتاه المكلف فلا إثم عليه، بل أنه في الرأي الغالب يكون هذا الفعل واجباً، فإن لم يأته المكلف، وهلك بذلك، كان إثماً، لعدم جواز أن يلقي بنفسه إلي التهلكة.

واستخلص من هذا الحديث كذلك مبدأ يقرر ذات الحكم، وهو مبدأ "الضرورات تبيح المحظورات"، فإذا توافرت حالة الضرورة، وتعين فعل محظور أصلاً سبيلاً للنجاة من الخطر الذي تهدد به الضرورة، صار هذا الفعل مباحاً. وقد أضاف بعض الأصوليين إلي هذا المبدأ اشتراط عدم نقصان الضرورات علي المحظورات، فصارت عبارة المبدأ تجري علي النحو التالي:

---

[٣١٤] سورة الأنعام، الآية رقم ١٤٥.

[٢] سورة النحل، الآية رقم ١١٥.

[٣١٦] سورة البقرة، الآية رقم ١٧٣.

"الضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنها". وهذا الشرط يشير إلي التناسب بين الضرورات والمحظورات، فلا يجوز أن يكون الفعل المحظور أصلاً أشد جسامة من الضرر الذي يتجه إلي تفاديه، فطالما كان فعل الضرورة في حدود التناسب مع الخطر فهو مباح، فإن جاوزه بقي على أصل الحظر.

وقد تفرع عن "مبدأ الضرر يزال" مبدآن آخران يحددان نطاقه ويشيران إلي بعض شروطه: **المبدأ الأول:** "الضرر لا يزال بالضرر"؛ **والمبدأ الثاني:** "الضرر الأكبر يدفع بالضرر الأدنى".

فالمبدأ الأول، يشير إلي حالة ما إذا كان الحقان: الحق المهدد بالخطر والحق الذي يراد إهداره صيانة لذلك الحق، متساويين في القيمة، فإن حالة الضرورة لا تتوافر، إذ المجتمع لن يفيد شيئاً من إهدار حق صيانة لحق يعادله، إذ يستوي لديه صيانة أحدهما. وتطبيقاً لذلك، فإذا افترضنا أن شخصين من ركاب سفينة غرقت تعلقاً بقطعة خشب طافية، ثم تبين لأحدهما أن هذه القطعة من الخشب لا تقوى علي حملهما معاً، فأزاح عنها زميله فغرق وأنقذ بذلك حياته، فإنه لا يجوز له أن يحتج بحالة الضرورة، لأن حياته وحياة زميله تتساويان قيمة، فلا يفيد المجتمع من صيانة حياته مقابل إهلاك زميله. والمثل يقال إذا أوشكت سقالة علي الانهيار، فاعتقد أحد العاملين اللذين يقفان عليها أنها لا تقوى علي حملهما معاً، فأزاح زميله فوقع أرضاً وهلك، واستطاع بذلك إنقاذ نفسه.

ويقول بعض علماء الأصول في ذلك "إن مفسدة قتل نفسه أخف من مفسدة قتل غيره"[٣١٧].

ويمكن صياغة هذا المبدأ بالقول "إذا تساوت الأضرار تعين علي المضطر أن يمتنع عن إزالة الضرر الذي يهدده بإنزال ضرر يماثله بغيره".

والمبدأ الثاني: أن "الضرر الأكبر يزال بالضرر الأدنى"، يعني أنه إذا تعينت سبل متعددة لدفع الضرر الذي يهدد المضطر تعين أن يختار السبيل الذي ينطوي علي الضرر الأقل. ويشير هذا المبدأ ضمناً – ومن باب أولي – إلي أن فعل الضرورة يتعين أن يكون أقل جسامة من الخطر الذي يهدد المضطر،

---

[٣١٧] العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام جـ ١ ص ٨٨.

ويتضمن ذلك تأكيداً للمبدأ الأول من أنه إذا تساوى الضرران جسامة، استبعد الاحتجاج بحالة الضرورة.

٣٧٢- التكييف الشرعي لحالة الضرورة:

حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية سبب إباحة، ومؤدي ذلك أن يعتبر "فعل الضرورة"، أي الفعل الذي يأتيه المضطر، صيانة لحقه أو حق غيره، فعلاً مباحاً، فلا تحريم في إتيانه، بل إن إتيانه يعتبر واجباً، لأن الشارع الإسلامي يهمه صيانة الحق الأعلى قيمة، ولو كان ثمن ذلك التضحية بحق أدني قيمة، إذ النتيجة الإجمالية لذلك صيانة حقوق المجتمع في مجموعها: فالحق الأدنى يجب أن يتراجع في مواجهة الحق الأعلى.

وعلي سبيل المثال، فإنه إذا هدد الغرق سفينة محملة بالأشخاص والبضائع، وتبين لقبطانها أنها لا تقوى علي الاستمرار في هذا العمل، وأنه لو ألقي بعض حمولتها من البضائع أنقذ ما علي ظهرها من أشخاص تعين عليه أن يفعل ذلك. في هذا الفرض يتعين إلقاء البضائع إبقاء علي حياة الأشخاص، وتعليل ذلك أن الأشخاص أهم عند المجتمع من الأموال، ومن ثم تعينت صيانة الحق الأهم ولو كان السبيل إلي ذلك هو التضحية بالحق الأقل الأهمية. وإذا حاصرت النيران أشخاصاً في مبني، وكان السبيل إلي إنقاذهم هو إتلاف جزء من هذا المبني، أو الاستيلاء علي مواد إطفاء مملوكة للغير، تعين فعل ذلك، إذ الفعل صان نفوساً وأهدر أموالاً، ويعني ذلك أنه صان حقاً أكثر أهمية من الحق الذي أهدره.

وتطبيقاً لحالة الضرورة، فإنه إذا صار شخص مهدداً بالموت جوعاً أو عطشاً ولم يكن هناك سبيل إلي النجاة بنفسه إلا تناول طعام محرم أصلاً كميتة أو لحم خنزير أو تناول شراب محرم أصلاً كخمر، تعين عليه أن يفعل ذلك، إذ النفس في تقدير الشارع الرحيم سبحانه أهم من الالتزام بنهي افترضت فيه ظروف عادية.

وتطبيقاً لحالة الضرورة كذلك، فإنه إذا هدد الخطر أشخاصاً عديدين ولم يكن من سبيل إلي إنقاذهم إلا بقتل شخص، كان قتله مباحاً إنقاذاً لحياة عدد من الأشخاص. فإذا عاين شخص طاهياً يوشك علي وضع مادة سامة في طعام معد لعدد من الأشخاص، ولم يكن سبيل إلي إنقاذ هؤلاء الأشخاص إلا بقتل ذلك

الطاهي، تعين ذلك، إذ الفعل إهدار لنفس واحدة صيانة لأنفس عديدة، وحقوق الجماعة من الناس أهم عند الشارع من حق فرد واحد من الناس.

وتطبيقاً لحالة الضرورة أيضاً، فإنه إذا عاين الطبيب في ولادة متعسرة أنه لا سبيل إلي إنقاذ الأم إلا بقتل الجنين، تعين عليه ذلك، إذ حياة الأم أهم من حياة الجنين، فالأولى حالة ومحققة، في حين أن الثانية مستقبلة واحتمالية.

٣٧٣- سند تكييف حالة الضرورة بأنها سبب إباحة:

إن هذا السند هو "نظرية التنازع بين المصالح"، والموازنة بينها، ووجوب ترجيح أكثرها أهمية. وسند هذه الترجيح هو حماية مصالح المجتمع في مجموعها، ذلك أن إهدار حق محدود الأهمية صيانة لحق أكثر أهمية – علي ما اتضح في الفروض السابقة – هو حماية لحقوق المجتمع في مجموعها.

والدليل علي ذلك أن المجتمع يضار ضرراً قد يكون جسيماً إذا قيل بالحل العكسي، فأهدر الحق الأهم من أجل صيانة حق محدود الأهمية.

وقد عرفت "نظرية التنازع بين المصالح والترجيح بينها" في الفقه الإسلامي منذ زمن مبكر بالقياس إلي زمن القول بها في الفقه الوضعي. ويرجع الفضل في وضع تأصيل وصياغة واضحة لهذه النظرية إلي الإمام العز بن عبد السلام.

٣٧٤- نظرية الإمام العز بن عبد السلام:

تقوم نظرية الإمام العز بن عبد السلام علي التفرقة بين المصالح والمفاسد[٣١٨].

وميز الإمام بالنسبة للمصالح بين قسمين: المصالح التي أوجبها الله سبحانه وتعالي؛ والمصالح التي ندب الله عز وجل عباده إلى تحقيقها نفعاً لهم وإصلاحاً لشئونهم.

وفي عبارة أخري: المصالح قسمان: واجبة ومندوبة.

---

(٣١٨) الدكتور يوسف قاسم، نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، الطبعة الثانية سنة ١٩٨٤ ص ١١٨.

فالواجبة تتدرج من الأفضل إلي الفاضل، وما يتوسط بينها. وأفضل المصالح ما كان شريفاً في نفسه، دافعاً لأقبح المفاسد، جالباً لأرجح المصالح. فإذا تعارض الأفضل مع الفاضل رجح الأفضل، وإذا تعارض الأوسط مع الفاضل رجح الأوسط.

وقد استمد الإمام العز بن عبد السلام الفكرة الأساسية في هذا التدرج في قيمة المصالح وتغليب بعضها علي بعض من حديث رسول الله صلي الله عليه وسلم: فقد سئل عن أي الأعمال أفضل، فقال: "الإيمان بالله". قيل ثم أي؟ قال: الجهاد في سبيل الله. قيل ثم أي؟ قال "حج مبرور".

والفكرة التي تستخلص من هذا الحديث أن المصالح والفضائل ليست من درجة واحدة، بل هي من درجات متفاوتة، فإذا تعارضت رجح أهمها علي مهمها، ورجح مهمها علي يسيرها، وهكذا.

والمصالح المندوبة تتدرج كذلك، وتتصل بالمصالح الواجبة، وتتسلسل ابتداء منها، وقال تعبيراً عن فكرته إن أعلي رتب مصالح الندب هو أدني رتب مصالح الواجب، وتنتهي إلى مصلحة يسيرة لو فاتت لانتقلنا إلي مصالح المباح.

وقسم الإمام العز بن عبد السلام المفاسد إلى قسمين:

القسم الأول، هو المحرم، أي ما حرم الله تعالى على عباده إتيانه.

والقسم الثاني، هو المكروه، أي ما كره الله تعالى لعباده إتيانه.

وكل من القسمين يتضمن درجات متفاوتة.

فالمحرم يتضمن الكبائر والصغائر. وكل منهما بدوره درجات: فالكبائر تتدرج من الأكبر إلي الكبير والمتوسط بينهما. والصغائر تتدرج من الصغير إلى الأصغر والمتوسط بينهما.

والمكروه يتدرج كذلك حسب درجة ما يتضمنه كل نوع من مفسدة، وإذا زال مقدار ما في المكروه من إثم لوقعت في المباح.

وقد استمد نظريته من حديث رسول الله صلي الله عليه وسلم حينما سئل عن أي الذنوب أكبر، فقال: أن تجعل الله نداً وهو خلقك. قيل ثم أي؟ فقال: أن تقتل ولدك مخافة أن يطعم معك. قيل: ثم أي؟ قال: أن تزاني حليلة جارك.

http://www.rafatosman.com/

وأهمية نظرية الإمام العز بن عبد السلام أنها قالت بالتدرج بين المصالح والمفاسد، فكل منها ليس درجة واحدة، وإنما درجات تختلف فيما بينها حسب درجة ما ينطوي عليه كل منها من مصلحة أو مفسدة، فإذا تعارضت فيما بينها كان الترجيح بينها وفقاً لدرجة المصلحة والمفسدة، فيباح الفعل الذي يصون مصلحة أكبر، ولو أهدر مصلحة أقل؛ ويباح الفعل الذي يدرأ مفسده أكبر، ولو حقق مفسدة أقل.

وهذا التدرج فيما بين المصالح والمفاسد والترجيح بينهما وفق ما تحققه من مصلحة أو تدرأه من مفسدة يضع السند الشرعي لحالة الضرورة.

٣٧٥- أهمية اعتبار حالة الضرورة سبب إباحة:

يترتب علي اعتبار حالة الضرورة سبب إباحة في الفقه الإسلامي النتائج المترتبة علي أسباب الإباحة: فالفعل المرتكب في ظروف الضرورة هو فعل مشروع، ولا تترتب عليه مسئولية، ولا توقع من أجله عقوبة. ولا يضمن مرتكب هذا الفعل ما يترتب عليه من ضرر، ويستفيد من سبب الإباحة كل من شارك في الفعل المرتكب في ظروف الضرورة.

٣٧٦- حالة الضرورة في القانون الوضعي:

تعتبر حالة الضرورة في القانون الوضعي مجرد مانع مسئولية. ويتضح هذا التكييف من صياغة النصوص التي قررتها: فالمادة ٦١ من قانون العقوبات المصري نصت علي أنه: "لا عقاب علي من ارتكب جريمة ألجأته إلي ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم علي النفس علي وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل في حلوله ولا في قدرته منعه بطريقة أخري": ذلك أن استعمال القانون تعبير "لا عقاب" هو التعبير الذي يستعمل عادة حينما يريد نفي مانع مسئولية (على سبيل المثال المادة ٦٢ الخاصة بالجنون أو عاهة العقل أو السكر الاضطراري)، في حين أنه يستعمل تعبير "لا جريمة" إذا أراد أن ينص على سبب إباحة (على سبيل المثال المادة ٦٣ الخاصة باستعمال السلطة).

ويعلل اعتبار القانون الوضعي حالة الضرورة بأنها "مانع مسئولية" أن إرادة مرتكب الفعل تتجرد من الحرية. وإذا تجردت الإرادة من الحرية فقدت شرطاً لاعتداد القانون بها، ولم تعد صالحة ليقوم بها الركن المعنوي للجريمة. وتفصيل ذلك أنه إذا هدد الخطر المتهم أو شخصاً عزيزاً عليه، فإن غرائزه

تسيطر عليه وتدفعه إلى الخلاص من هذا الخطر، وتوصد أمامه كل طريق آخر لا يكون من شأنه هذا الخلاص، ومن ثم لا يكون أمامه غير طريق واحد لا يملك اختيار سواه.

وإذا هدد الخطر شخصاً لا تربطه بمرتكب الفعل صلة: كالطبيب يقضي على الجنين إنقاذاً للأم، أو من يرى شخصاً تحاصره النيران فيستولي على الماء المملوك للغير ليطفئها به، فإن حرية الاختيار يضيق من الوجهة الاجتماعية نطاقها، إذ أن تقاليد المهنة أو البيئة أو مجرد الشعور بالتضامن الإنساني أو الاجتماعي يحمل الشخص على اختيار طريق معين ويستبعد عليه اختيار طريق سواه، ويعني ذلك أن إرادته لا تتمتع بالحرية في الاختيار على النحو الذي تقوم به المسئولية.

ويترتب على هذا التكييف لحالة الضرورة بأنها مانع مسئولية أن الفعل المرتكب تحت تأثيرها يعتبر فعلاً غير مشروع، ولكن تمتنع المسئولية والعقوبة عنه.

٣٧٧- التعويض:

وإذا كان الأصل المقرر في موانع المسئولية أنه لا يفيد منه غير من توافر فيه، فإن هذا الأصل يرد عليه تحفظ في حالة الضرورة، ذلك أن القانون يجعل درء مرتكب الفعل الخطر الذي يهدد غيره سبباً لامتناع مسئوليته بذات الصورة التي تمتنع بها مسئوليته لو ارتكب هذا الفعل لدرء خطر يهدده نفسه. وليس معنى ذلك أن القانون يجعل مانع المسئولية الذي يقوم بحالة الضرورة عام الأثر، ولكن الأصح أن القانون يقرر لمن هدده الخطر، ولمن ساعده في درئه مانع مسئولية على حده.

المطلب الأول
شروط حالة الضرورة

٣٧٨- تقسيم:

تفترض حالة الضرورة خطراً يهدد من يوجد في ظروفها، وفعلاً يرتكب تحت تأثيرها. ويتطلب الفقه الإسلامي شروطاً يتعين أن تتوافر في الخطر، وشروطاً يتعين أن تتوافر في الفعل المرتكب تحت تأثيرها.

(أ) شروط الخطر الذي تقوم به حالة الضرورة

٣٧٩- تمهيد:

يتعين أن تتوافر في الخطر شروط حتى تقوم به حالة الضرورة ويعني ذلك أن أي خطر لا يصلح لتقوم به الضرورة، ذلك أن علة الإباحة تقتضي توافر شروط معينة، ولأن من المصلحة أن ترد على حالة الضرورة القيود التي تحصر نطاقها فيما تقتضيه علتها وتتطلبه مصلحة المجتمع.

وتقتضي هذه الاعتبارات أن يكون الخطر جسيماً، وأن يكون حالاً. ويتعين بعد ذلك التساؤل عما إذا كان يشترط أن يكون الخطر مهدداً للنفس، أم يجوز أن يقتصر تهديده على المال. ويثور التساؤل كذلك عن حكم الخطر الوهمي، ومدى جواز قيام الضرورة به.

٣٨٠- اشتراط أن يكون الخطر جسيماً:

هذا الشرط يستخلص من ذات تعبير الضرورة وأصل اشتقاقه اللغوي، فالضرورة تفترض الاضطرار وعدم استطاعة مواجهة الخطر الذي تهدد به وتحمل الضرر الذي ينذر به ذلك الخطر، ولا يتحقق ذلك إلا إذا كان الخطر جسيماً، إذ الخطر اليسير يستطاع تحمله، باعتباره من المخاطر التي ترتبط بها الحياة في سيرها العادي.

وهذا الشرط يمكن استظهاره من تفسير قوله تعالى – في شأن إحدى تطبيقات الضرورة – «فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ»[٣١٩]: فقد تضمنت الآية الكريمة لفظ "اضطر"، والاضطرار لا يتحقق إلا عند جسامة الخطر. وافترضت الآية أن ذلك الاضطرار كان في

---

(٣١٩) سورة المائدة، الآية رقم ٣.

"مَخْمَصَةٍ"، أي في مجاعة، وهو ما يفترض أن الخطر كان يهدد نفس المضطر بالهلاك جوعاً، أي أن الخطر يهدد الحياة نفسها، والخطر الذي يهدد النفس هو أبرز صورة للخطر الجسيم، ويؤكد هذا التفسير أن الله سبحانه وتعالى اشترط في مرتكب فعل الضرورة أن يكون "غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ"، وهو لا يتصور إلا إذا كان الخطر الذي يهدده جسيماً، إذ لو اعتدى على حق غيره تفادياً لخطر يسير، فهو آثم، إذ كان يتعين عليه تحمل ذلك الخطر، إذ لن يناله ضرر لا يمكن إصلاحه، ومن ثم لا يصدق عليه أنه "غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ".

٣٨١- معيار جسامة الخطر:

لا نرى صواب القول بأن معيار جسامة الخطر هو تهديده النفس، ذلك أن بعض صور الخطر الذي يهدد المال قد يكون جسيماً، كاحتمال غرق سفينة تحمل بضائع ثمينة، إذ يتصور التضحية ببعض حمولتها إنقاذاً لسائرها.

وغني عن البيان أنه لا وجود – في المنطق – لمعيار كمي تقاس به جسامة الخطر، ويتعرف به على الخطر الجسيم الذي تقوم به حالة الضرورة.

نعتقد أن هذا المعيار يمكن تحديده على أساس الفكرة التي تقوم عليها حالة الضرورة من تضاؤل المصلحة التي يضحى بها إنقاذاً لمصلحة أخرى أهم منها.

وبناء على ذلك، فإن الخطر يُعد جسيماً إذا كان ينذر بضرر غير قابل للإصلاح، أو يغلب احتمال عدم قابليته للإصلاح على احتمال قابليته له، أو يتساوى الاحتمالان. أما إذا كان احتمال إصلاحه أرجح من احتمال كونه غير قابل للإصلاح، فالخطر المهدد به ليس جسيماً، ولا تقوم به حالة الضرورة. وتطبيقاً لذلك، فإنه إذا كان الجوع أو العطش لم يبلغ درجة تهديد حياة المكلف أو صحته بالخطر، وإنما هدده بضعف صحي محدود يناله، وكان ذلك إلى أجل معين، إذ يحتمل بعد وقت يسير وصول الطعام أو الشراب، فلا يجوز للمكلف تعاطي طعام أو شراب محرم، احتجاجاً بحالة الضرورة.

٣٨٢- هل معيار جسامة الخطر موضوعي أم شخصي؟

يراد بالطابع الموضوعي أن يكون تقدير قابلية إصلاح الضرر معتمداً على ما تقرره الحقائق العلمية في تطبيقها على الوضع الذي يواجه المكلف، أم يكون المرجع في ذلك إلى تقدير المكلف واعتقاده، في ضوء الظروف التي تواجهه.

نرى أن الأدنى إلى علة الضرورة ترجيح اعتبار هذا المعيار شخصياً: ذلك أن الأغلب الأعم ألا يرقى علم المكلف إلى حد العلم بالحقائق العلمية والقوانين الطبيعية بحيث يحدد درجة احتمال حدوث الضرر، ويحدد بعد ذلك النسبة بينه وبين احتمال عدم حدوثه. ولما كان الأصل الثابت أنه «لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْسًا إِلاَّ وُسْعَهَا»[٣٢٠]، فإنه يتعين الاحتكام إلى معيار شخصي: فالضرر من حيث قابليته للإصلاح أو عدم قابليته لذلك هو ما رآه المكلف كذلك. وللقاضي أن يراقب ما يدعيه المكلف من تقدير معين لاحتمال الضرر، استقر في تفكيره، وأتى الفعل الذي يحتج بالضرورة لإتيانه.

٣٨٣- اشتراط أن يكون الخطر حالاً:

لا تقوم حالة الضرورة إلا إذا كان الخطر الذي يهدد المكلف خطراً حالاً، أي على وشك النزول به إذا لم يرتكب على الفور الفعل الذي يدرأه به. والنتيجة التي تترتب على ذلك أن الخطر المستقبل، سواء كان حلوله مؤكداً أو محتملاً لا تقوم به حالة الضرورة. ويترتب على هذا الشرط نتيجة ثانية، هي أن الخطر الذي تحقق فعلاً وتحول إلى إهدار فعلي للحق لا تقوم به كذلك حالة الضرورة.

وعلة تطلب هذا الشرط أن الضرورة تفترض بطبيعتها الاضطرار إلى إتيان الفعل في الحال، وانغلاق كل سبيل غيره لدرء الخطر، مما يعني أن أي إرجاء للفعل يجعل حماية الحق غير متصورة فعلاً.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن الاعتداد بحالة الضرورة كسبب للإباحة لا ينفصل عن الاعتداد بإرادة المكلف، التي يقل أو ينعدم نصيبها من الحرية حين يهدده الخطر، ذلك أن التأثير على الإرادة لا محل له إلا إذا كان الخطر حالاً، أما الخطر المستقبل، فهو في الغالب غير محقق، ولدى المهدد به فسحة من الوقت يستطيع خلالها أن يتدبر وسيلة الخلاص منه، دون أن يكون مضطراً إلى ارتكاب الفعل الذي يؤذي به حق غيره.

والسند الشرعي لهذا الشرط هو قوله تعالى «فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ»[٣٢١]، وتفسير ذلك أن من يأتي فعل الضرورة يتعين أن يكون "مضطراً"، والاضطرار فيه معنى وجوب إتيان الفعل على وجه

---

[٣٢٠] سورة البقرة، الآية رقم ٢٨٦.
[٢] سورة النحل، الآية رقم ١١٥.

فوري: وقوله سبحانه «غير باغ» يعني أن المكلف يأتي الفعل وهو لا يجد عنه مندوحة، وهو ما يفيد حلول الخطر، أما إذا كان يجد عنه مندوحة، فالخطر غير حال، ولا مجال للقول بوجود حالة الضرورة. [٣٢٢]

٣٨٤- ضابط حلول الخطر:

الضابط في القول بحلول الخطر أن يكون السير الطبيعي للأمور مهدداً – على نحو يقيني أو محتمل – بأن يتحول الوضع الذي يواجه المكلف إلى مساس فعلي بحق له، ما لم يرتكب فوراً الفعل الذي من شأنه درء ذلك الخطر. ويرجع في تحديد السير العادي للأمور إلى القواعد المستمدة من الخبرة العامة السائدة في بيئة المكلف.

والضابط على هذا النحو موضوعي، إذ العبرة فيه هي بالرجوع إلى الخبرة العامة التي تحددها القوانين الطبيعية، ولكن يجب أن تؤخذ في الاعتبار كذلك عناصر شخصية، مرجعها مدى علم المكلف بهذه القوانين، أو استطاعته ذلك العلم؛ إذ هذه القوانين – في حدود ذلك العلم – هي التي تحدد في تقدير المكلف واعتقاده ما إذا كان الخطر حالاً. ومؤدى ذلك أن الضابط في حلول الخطر هو في حقيقته ضابط مختلط.

٣٨٥- تحقق شرط حلول الخطر وانتفاؤه:

يُعد الخطر حالاً في إحدى صورتين: إذا كان الاعتداء الذي يهدد حق المكلف على وشك الوقوع؛ وإذا كان هذا الاعتداء قد بدأ ولكن لم يتحقق بعد في صورته الشاملة التي يهدد بها.

ويعد الخطر غير حال في إحدى صورتين كذلك: إذا كان الاعتداء المهدد به مستقبلاً؛ وإذا كان ذلك الاعتداء قد تحقق في كل نطاقه، ولم يعد محل لاحتمال أن يتسع نطاقه.

٣٨٦- اشتراط ألا يكون لإرادة المكلف دخل في حلول الخطر الذي يهدده:

علة اشتراط ألا يكون لإرادة المكلف دخل في حلول الخطر هي أن حالة الضرورة، وما يصاحبها من اضطرار، تفترض أن المكلف قد فوجئ بحلول

---

[٣] ابن كثير جـــ ١ ص ٢٠٥.

الخطر، فلم يكن في الفترة بين علمه بإحاطته به واضطراره إلى ارتكاب الفعل الذي درأه به فسحة من الوقت تمكنه من التفكير في إتيان فعل سواه لا يمس به حق غيره. أما إذا كانت إرادة المكلف قد اتجهت إلى إنشاء الوضع الذي هدده بالخطر، فمعنى ذلك أنه توقع حلوله، وكان في وسعه أن يتدبر وسيلة التخلص منه على نحو لا يمس به حقوق غيره ولا يرتكب فيه الفعل المحرم.

٣٨٧- السند الشرعي لهذا الشرط:

السند الشرعي لاشتراط ألا يكون لإرادة المكلف دخل في حلول الخطر هو قول الله تعالى «فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ»[٣٢٣]، وتفسير هذه الآية الكريمة أنه يشترط فيمن يحتج بحالة الضرورة أن يكون غير مائل لاثم أي غير آثم في أن حل به ذلك الوضع الذي صار يهدده بالخطر. ومؤدى ذلك أن الفرض في حالة الضرورة أن يكون الخطر قد حل بالمكلف على نحو فاجأه، فهو لم ينشئ ذلك الوضع إطلاقاً أو أنشأه دون أن يكون متجانفاً لإثم.

٣٨٨- تطبيقات لهذا الشرط:

أوضح أمثلة لهذا الاشتراط أن يغرق شخص سفينة عمداً ثم يضطر في سبيل إنقاذ نفسه إلى قتل شخص زاحمه وسيلة النجاة، وأن يشعل شخص النار عمداً في مبنى ثم يضطر في سبيل النجاة بنفسه إلى إصابة شخص اعترض طريقه أو إلى الاستيلاء على ماء أو مواد إطفاء مملوكة لغيره.

ومثال ذلك أيضاً أن يسافر شخص دون سبب مقبول إلى منطقة بها مجاعة ثم يضطر إلى تناول طعام أو شراب محرم، إذ كان في وسعه ألا يسافر إلى هذه المنطقة طالما ظلت المجاعة بها.

ولكن هل يمكن أن توضع قاعدة عامة، مؤداها أن المسافر لا يجوز له أن يحتج بحالة الضرورة. إن القول بأن حالة الضرورة لا يحتج بها إلا في حال إقامة المكلف في موطنه، هذا القول لا سند له من نص أو قياس، فالنصوص التي وردت في شأن حالة الضرورة عامة يسري حكمها على المقيم والمسافر

---

(٣٢٣) سورة المائدة، الآية رقم ٣.

على السواء بالإضافة إلى تحقق علة الضرورة في الوضعين على السواء، وقد قال الإمام ابن قدامة في ذلك "وتباح المحرمات عند الاضطرار إليها في الحضر والسفر جميعاً، لأن الآية مطلقة غير مقيدة بإحدى الحالتين. وقوله تعالى «فَمَنِ اضْطُرَّ» لفظ عام في حق كل مضطر، ولأن الاضطرار يكون في الحضر سنة المجاعة. وسبب الإباحة الحاجة إلى حفظ النفس من الهلاك لكون هذه المصلحة أعظم من مصلحة اجتناب النجاسات والصيانة عن تناول المستخبثات وهذا المعنى عام في الحالين".[٣٢٤]

ويثور بعد ذلك التساؤل عما إذا كان يجوز للمسافر في معصية، أي المسافر العاصي، أن يحتج بحالة الضرورة إذا توافرت في حقه شروطها: مثال ذلك شخص خرج إلى صحراء لقطع الطريق، أو للاعتداء على أشخاص يقيمون في هذا المكان، ثم ضل الطريق ونفذ ما عنده من طعام أو شراب، هل يجوز له أن يطعم أو يشرب محرماً؟ اختلف الفقهاء في الإجابة على هذا التساؤل. ونعتقد أن الرأي الصحيح في هذا الموضوع هو جواز ذلك. والحق في ذلك أن النصوص التي قررت حالة الضرورة قد وردت عامة، فلم تتضمن استثناء للمسافر العاصي. وبالإضافة إلى ذلك، فإن امتناع ذلك الشخص عن إنقاذ نفسه هو صورة من إلقائه نفسه بيده إلى التهلكة، مما يخالف نهي الله تعالى في قوله «وَلاَ تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ»[٣٢٥]. فإذا كان قد عصى الله في واحدة هي خروجه في معصية، فلا مبرر لدفعه إلى معصية ثانية، بحمله على أن يقتل نفسه بالامتناع عن الطعام أو الشراب المحرم الذي لا يجد سواه. ولا محل للقول بأن إباحة ذلك الطعام أو الشراب له ينطوي على تقوية ودعم له على الاستمرار في طريق المعصية، في حين أن تحريمهما عليه يحمله على التوبة والعودة عن هذا الطريق، ذلك أنه يكفي جزاء لمعصيته العقوبة المقررة لها، ولا وجه لحمله على معصية ثانية، إذا أنقذ نفسه بتعاطي المحرم، وبالإضافة إلى ذلك، فإن تمكينه من إنقاذ نفسه وبقائه حياً، قد يفسح له مجال التوبة، ويحسن سلوكه بعد ذلك، وفي ذلك منفعة للمجتمع الإسلامي.

٣٨٩- الضابط في اعتبار الخطر غير راجع لإرادة المكلف:

---

(٣٢٤) المغني لابن قدامة، جـ ١١ ص ٧٤.

(٣٢٥) سورة البقرة، الآية رقم ١٩٥.

يعتبر الخطر غير راجع لإرادة المكلف إذا لم تكن إرادته قد اتجهت إلى إحداثه. ويعني ذلك بمفهوم المخالفة أن الخطر يعتبر راجعاً إلى إرادة المكلف إذا كان قد أنشأه عمداً، كمن يغرق عمداً سفينة ثم يضطر في سبيل إنقاذ نفسه إلى قتل شخص زاحمه وسيلة النجاة، أو من يحرق عمداً مكاناً ثم يضطر في سبيل الفرار من النيران إلى إصابة شخص اعترض طريقه.

ويستخلص من ذلك أنه إذا أنشأ المكلف الخطر على نحو اتصف فيه سلوكه بالخطأ غير العمدي، فله أن يحتج بحالة الضرورة إذا ما ارتكب الفعل الذي درأه به، فمن يحرق عن غير عمد مكاناً ثم يرتكب فعلاً نجاة بنفسه لا يسأل عن هذه الفعل، ذلك أن إرادته لم تتجه إلى إشعال الحريق.

وإذا كان الخطأ مصحوباً بالتوقع، كمن أجرى في مكان تجربة علمية خطيرة متوقعاً احتمال إفضائها إلى اشتعال النيران، ومعتمداً على احتياطات غير كافية للحيلولة دون ذلك، ولكن هذه الاحتياطات لم تحل دون الحريق، فارتكب فعلاً للنجاة بنفسه، فله أن يحتج بحالة الضرورة. والحجة في ذلك أنه إذا توقع المكلف نشوء الخطر، فهو يعتمد على احتياطاته ويعتقد جدواها، أي يتوقع ألا ينشأ الخطر، فإذا نشأ على الرغم من ذلك تحققت المفاجأة التي تجعل في غير استطاعته أن يدرأه بفعل غير الذي ارتكبه.

٣٩٠- اشتراط ألا يكون المكلف ملتزماً شرعاً بتحمل الخطر الذي يدعى قيام حالة الضرورة به

٣٩١- مدلول الشرط:

يعني هذا الشرط أنه إذا كانت الشريعة تلزم المكلف بمواجهة الخطر، وتحمل ما يرتبط بذلك من أضرار، فإنه لا يكون له أن يرتكب فعلاً لدرء هذا الخطر، إذ يعني هذا الفعل الفرار من تحمل هذا الالتزام، والنكول عن أداء واجب فرضته عليه الأحكام الشرعية، وتعطيل المصالح التي تستهدف الشريعة تحقيقها عن طريق أداء هذا الواجب.

وتطبيقاً لهذا الشرط، فإنه لا يجوز لشخص وجب عليه الحد أو استحق عليه القصاص أن يرتكب فعلاً تفادياً لتنفيذ الحد أو القصاص فيه، محتجاً لذلك بحالة الضرورة، ذلك أن الشريعة تلزمه بتحمل إيلام العقوبة تحقيقاً لمقاصد

شرعية، فلم يكن له بناء على ذلك أن يفوت هذه المقاصد، فإذا قتل ذلك الشخص حارسه أو الجلاد الذي يوشك على تنفيذ العقوبة فيه، فليس له أن يحتج لتبرير فعله بحالة الضرورة الناجمة عن تعرضه لخطر تنفيذ العقوبة فيه.

وتطبيقاً لذلك أيضاً، فالشريعة تلزم الجندي في ساحة الحرب أن يواجه خطورة الأعمال الحربية وأن يتحمل ما قد يصيبه من موت أو فقد عضو، فإن فر أمام الأعداء، لم يكن له أن يحتج لتبرير فراره بحالة الضرورة المتمثلة في الخطر الذي يهدده في حياته أو سلامة بدنه. وذات الحكم مقرر إزاء رجل الشرطة الذي يلتزم بمواجهة الخطورة الناشئة عن مكافحة المجرمين، وإزاء رجل الإطفاء الذي يلتزم بمواجهة الخطورة الناشئة عن مكافحة الحرائق.

٣٩٢- السند الشرعي لهذا الشرط:

سند هذا الشرط هو قوله تعالى في وصف من يحتج بحالة الضـــرورة أنه «غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لإِثْمٍ»، أي أنه يتعين أن يكون الفعل الذي يأتيه المكلف توقياً للخطر الذي يهدده فعلاً غير موصوف بإثم، ولا شك أنه إذا كان ذلك الفعل فراراً من واجب، فهو فعل آثم، ومن ثم لا يباح احتجاجاً بحالة الضرورة.

وسند هذا الشرط كذلك قوله تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُواْ زَحْفاً فَلاَ تُوَلُّوهُمُ الأَدْبَارَ، وَمَن يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ إِلاَّ مُتَحَرِّفاً لِّقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزاً إِلَى فِئَةٍ فَقَدْ بَاء بِغَضَبٍ مِّنَ اللّهِ وَمَأْوَاهُ جَهَنَّمُ وَبِئْسَ الْمَصِيرُ»[٣٢٦]. وهاتان الآيتان فيهما نهي عن فرار المقاتل يوم الزحف أمام جيش الأعداء، مما يفهم منه أن هذا الفرار غير مشروع، إذ يخالف واجباً مفروضاً عليه، هو الصمود أمام العدو وقتاله. ويستخلص من هاتين الآيتين حكم عام هو عدم قيام حالة الضرورة إذا كان المكلف ملزماً شرعاً بمواجهة الخطر والصمود أمامه وعدم الفرار من هذه المواجهة والصمود. وقد أكد الرسول صلى الله عليه وسلم خطر الفرار أمام العدو في قوله "اجتنبوا السبع الموبقات، قيل يا رسول الله وما هي: قال: الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل مال اليتيم، وأكل الربا، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات".

---

(٣٢٦) سورة الأنفال، الآيتان ١٥ ، ١٦.

وهذا الشرط لم يرد في شأنه نص في القانون الوضعي، ولكن الفقه والقضاء يتطلبانه استناداً إلى المنطق القانوني، المتمثل في اعتبار الالتزام بتحمل الخطر قيداً على النص العام الذي حدد شروط الضرورة؛ واستناداً إلى مصلحة المجتمع التي تقتضي – على وجه حتمي عام – أداء ذلك الالتزام حتى لا تتعطل مصالح جوهرية له.

٣٩٣– قيام حالة الضرورة بالخطر المهدد للمال:

٣٩٤– الحجة في قيام حالة الضرورة بالخطر المهدد للمال:

نجمل هذه الحجة في عموم النصوص التي نصت على حالة الضرورة، وذلك بالإضافة إلى توافر علة الضرورة في حالة الخطر المهدد للمال.

فقوله تعالى بعد أن فصل المحرمات من الطعام في آيات عديدة «فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلاَ إِثْمَ عَلَيْهِ»، وذلك في صياغة عامة، يفهم منه أن الإباحة للاضطرار تسرى حيثما يوجد ذلك الاضطرار، أي سواء كان الاضطرار لحماية النفس أو لحماية المال. وإذا كان إيراد هذا النص – بعد ذكر المحرمات من الطعام – قد يفهم منه أن المراد به هو إباحة الطعام المحرم أصلاً لصيانة النفس، إلا أن الصياغة العامة لهذا النص يفهم منها شمول الاضطرار جميع أنواع الخطر، سواء هدد النفس أو هدد المال، لأن العام يفهم على عمومه. وفي هذه الحالة تكون الإشارة إلى أنواع من الطعام المحرم، وما يفترضه ذلك من تهديد الخطر للنفس، هي إشارة إلى الوضع الغالب في الضرورة، ومن ثم لا تستبعد ما عداه إن توافرت سائر شروط الضرورة.

ويتصل بذلك حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم – الذي تستند إليه حالة الضرورة – والذي ورد فيه أنه «لا ضرر ولا ضرار»، قد ورد في صياغة عامة، فلم يقيد إزالة الضرر والضرار بكون الضرر مهدداً للنفس.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن علة الاعتراف بحالة الضرورة كسبب إباحة تتوافر إذا هدد الخطر المال، وبيان ذلك أنه إذا هدد الخطر المال، فمعنى ذلك تهديده مصلحة، فإذا كانت صيانته تتطلب التضحية بمال أقل قيمة، فعلة الضرورة متحققة وهي الموازنة بين المصالح والتضحية بأقلها صيانة لمصلحة تزيد عليها قيمة. وقد

قررت ذلك القاعدة المستخلصة من حديث الرسول صلى الله عليه وسلم «لا ضرر ولا ضرار»، وهذه القاعدة هي أن «الضرر الأكبر يزال بالضرر الأقل».

ويؤيد هذا الفهم للآيات الكريمة السابقة ما رواه الله تعالى في سورة الكهف عن الخضر عليه السلام. إذ قال سبحانه وتعالى «فَانطَلَقَا حَتَّى إِذَا رَكِبَا فِي السَّفِينَةِ خَرَقَهَا قَالَ أَخَرَقْتَهَا لِتُغْرِقَ أَهْلَهَا لَقَدْ جِئْتَ شَيْئًا إِمْرًا»[٣٢٧]، ثم قال سبحانه بعد إيراده هذه الواقعة تعليلاً لها «أَمَّا السَّفِينَةُ فَكَانَتْ لِمَسَاكِينَ يَعْمَلُونَ فِي الْبَحْرِ فَأَرَدتُّ أَنْ أَعِيبَهَا وَكَانَ وَرَاءهُم مَّلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْبًا»[٣٢٨]. ويستخلص من الآيتين الكريمتين جواز تعييب السفينة صيانة لها من "الأخذ غصباً"، ومؤدى ذلك أن الخطر الذي يهدد المال بغصب السفينة يبيح الفعل الذي يمس المال في صورة أقل من الغصب، وهو تعييب السفينة. وخلاصة ذلك أن الخطر المهدد للمال تقوم به حالة الضرورة. ويقول الإمام العز بن عبد السلام في حفظ المال بتعييب بعضه، إن من تطبيقات ذلك «تعييب أموال اليتامى والسفهاء وأموال المصالح إذا خيف عليها الغصب، فإن حفظها صار بتعييبها فأشبه فعل الخضر عليه السلام مثل ذلك لما خاف على السفينة الغصب فخرقها ليزهد غاصبها في أخذها».

٣٩٥- تطبيقات للخطر المهدد للمال:

أهم أمثلة ذكرها الفقهاء للخطر المهدد للمال والذي تقوم به الضرورة: إلقاء جزء من حمولة السفينة إنقاذاً لسائر حمولتها، وإنقاذاً للسفينة كذلك[٣٢٩]. هدم جزء من جدار أو مبنى إنقاذاً للمبنى كله من حريق يتهدده[٣٣٠]. والاستيلاء على ماء أو أداة أو مادة إطفاء مملوكة لشخص إنقاذاً للمبنى المملوك لشخص آخر من حريق يتهدده. وهدم سور حظيرة إنقاذاً لحيوانات مملوكة لغائب وصارت مهددة بالموت جوعاً[٣٣١].

---

[٣٢٧] سورة الكهف، الآية ٧١.

[١] سورة الكهف، الآية ٧٩.

[٣٢٩] أسنى المطالب جـ ٤ ص ٧٤.

[٣٣٠] الدر المختار جـ ٥ ص ١٧٣.

[٣٣١] أسنى المطالب جـ ١ ص ٥٧٣.

وغني عن البيان أن الخطر المهدد للمال يبيح الفعل الذي يهدد مالاً أقل قيمة أو يماثله قيمة؛ ولكنه لا يبيح المساس بحق لشخص، ذلك أن حقوق الأشخاص مقدمة على الحقوق على الأموال.

ويستوي أن يأتي المكلف فعل الضرورة صيانة لمال له أو لمال غيره. وسواء أن يكون المال الذي صانه فعل الضرورة كبير القيمة أو قليلها، بشرط أن يتحقق التناسب بين جسامة الخطر وجسامة الفعل الذي ارتكب لدرئه.

وعلة هذين الحكمين هي عموم النصوص التي وردت في شأن الضرورة، من حيث أنها لم تشترط في المال المصان أن يكون مملوكاً لمرتكب الفعل، ولم تشترط كذلك أن يكون ذا قيمة معينة. وذلك بالإضافة إلى تحقق علة الضرورة في الفروض السابقة جميعاً.

٣٩٦- المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي من حيث توافر حالة الضرورة إذا هدد الخطر المال:

تشترط أغلب التشريعات الوضعية في الخطر الذي تقوم به حالة الضرورة أن يكون مهدداً للنفس، سواء نفس مرتكب الفعل أو نفس غيره، وفي الفرض الثاني لا تشترط صلة معينة من قرابة أو مصاهرة بين مرتكب الفعل ومن صان الفعل نفسه. وعلى سبيل المثال، فقد نصت المادة ٦١ من قانون العقوبات المصري على أن "لا عقاب على من ارتكب جريمة ألجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره ...".

ويتضح من هذه الوجهة الفرق بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي. وليس هذا الفرق بغير تعليل: فالشريعة الإسلامية تعتبر الضرورة سبب إباحة في حين يعتبرها القانون الوضعي مانع مسئولية: فإذا اعتبرت سبب إباحة، فكان سندها الترجيح بين المصالح، وإباحة الفعل الذي يصون مصلحة أهم من المصلحة التي يهدرها، فإن الضرورة تتحقق سواء تعلقت هذه المصلحة بالمال أو تعلقت بالنفس، طالما كان ما يصان أهم مما يهدر. أما إذا اعتبرت الضرورة مانع مسئولية، أي كانت علة حكمها التأثير على إرادة مرتكب الفعل، والتضييق من مدى حريتها، بحيث يعذر الشخص حين يرتكب فعل الضرورة، فقد تصور الشارع الوضعي أن هذا التأثير لا يكون له محل إلا إذا هدد الخطر النفس، إذ

يكون تأثيره على الإرادة قوياً إلى القدر الذي يقال معه إن حريتها قد انتقصت، على النحو الذي تقوم به حالة الضرورة.

ولكن الفقه الوضعي يتوسع في تحديد المراد «بالنفس»، فيرى أنه يراد بها «مجموعة الحقوق المتصلة بالنفس»، أي اللصيقة بالشخص. والضابط المميز لهذه الحقوق أنها غير داخلة في دائرة التعامل، وهي تشمل الحقوق في الحياة، وسلامة الجسم، والحرية، والعرض، والشرف والاعتبار.

وقد صرح القانون المصري بأنه سواء لديه أن يهدد الخطر نفس مرتكب الفعل أو أن يهدد نفس شخص سواه، وسواء لديه أن تربط بينهما صلة من قرابة أو مصاهرة أو صداقة أو ألا تكون بينهما صلة على الإطلاق.

٣٩٧- مدى جواز قيام حالة الضرورة بالخطر الوهمي

٣٩٨- وضع المشكلة:

إذا اعتقد المتهم وجود خطر يهدد مصلحة له، فارتكب الفعل الذي اعتقد أنه يدرأه، وتبين بعد ذلك أن الخطر لم يكن له وجود، وأن الفعل الذي ارتكبه لم يكن له مقتض، فهل تقوم الضرورة بذلك. ونورد مثالاً لهذا الفرض: من يكون في مبنى، ويشاهد دخاناً يتصاعد من جزء منه، فيعتقد نشوب حريق، فيندفع لإنقاذ نفسه، في محاولة للفرار من هذا الخطر، فيصدم في طريقه طفلاً فيصيبه بجراح.

هل يكون لذلك الشخص أن يدفع بقيام حالة الضرورة؟

نعتقد أن الإجابة على هذا التساؤل تختلف باختلاف التكييف الذي ينسبه إلى حالة الضرورة، وما إذا كانت سبب إباحة أو مجرد مانع من المسئولية.

٣٩٩- تكييف حالة الضرورة بأنها سبب إباحة:

إذا وصفت حالة الضرورة بأنها «سبب إباحة»، وهذه هي خطة الشريعة الإسلامية، تعين القول بأن حالة الضرورة لا تقوم بالخطر الوهمي: ذلك أن سبب الإباحة له طبيعة موضوعية، ومن ثم يتعين أن يكون له ولشروطه وجود حقيقي في عالم الواقع، ولا يغنى عن ذلك مجرد وجوده في توهم من يحتج

بحالة الضرورة. ذلك أن علة حالة الضرورة، وهي الموازنة بين المصالح وترجيح إحداها، تفترض بداهة وجود مصلحة يهددها الخطر فعلاً.

ولكن ذلك لا يعني أن يتعرض هذا الشخص للمسئولية والعقوبة، وإنما يكون له أن يحتج «بالغلط في الإباحة»، وقد سلف بيان حكمها، ويجمل في "انتفاء القصد الجنائي لدى مرتكب الفعل". وإذا قام هذا الاعتقاد على أسباب معقولة تنفي عن مرتكب الفعل الخطأ، فإنه يؤدي إلى "انتفاء الخطأ غير العمدي" كذلك، وبذلك لا تقــوم على عاتقــه المســئولية الجنائية، عمــدية كانت أو غير عمــدية.

٤٠٠ – تكييف حالة الضرورة بأنها مانع مسئولية:

إذا وصفــت حالة الضــرورة بأنها "مانع مســئولية"، وهــذه هي خطة التشريعات الوضعية، تعين القول بأن حالة الضرورة تقوم بالخطر الوهمي، ذلك أن تأثير حالة الضرورة يعتمد على أسس نفسية، مردها إلى التأثير على الإرادة إلى الحد الذي ينقص من حرية الاختيار. وبديهي أنه إذا اعتقد مرتكب الفعل وجود الخطر الوهمي كان لهذا الاعتقاد تأثيره على إرادته، وقد يبلغ ذلك الحد الذي ينفي عنها حريتها.

ولكن يتعين أن يكون هذا الاعتقاد مستنداً إلى أسباب معقولة، كي تنتفي المسئولية في جميع صورها.

(ب) شروط فعل الضرورة

٤٠١ – تمهيد:

يتطلب الاحتجاج بحالة الضرورة أن يتوافر في الفعل الذي يدرأ الخطر شرطان: أن يكون هذا الفعل لازماً لدرء الخطر، وأن يكون في جسامته متناسباً مع جسامة الخطر، وهو مبدأ «الضرورة تقدر بقدرها».

٤٠٢ – لزوم الفعل لدرء الخطر:

لما كانت حالة الضرورة وضعاً استثنائياً، إذ يهدر المكلف مصلحة لغيره إنقاذاً لمصلحة له أو لشخص آخر في حين أن الوضع الطبيعي أن يصون الشخص مصالحه دون أن يهدر مصلحة لغيره، فقد اقتضى ذلك أن يكون

الاعتراف بحالة الضرورة في الحالة التي لا يوجد فيها بديل من فعل يصون مصلحته دون أن يهدر مصلحة أخرى.

ويتفرع شرط اللزوم إلى شرطين: أن يكون الفعل هو الوسيلة الوحيدة للتخلص من الخطر، وأن يكون من شأنه التخلص من الخطر.

ونفصل فيما يلي هذين الشرطين:

٤٠٣- أن يكون الفعل هو الوسيلة الوحيدة للتخلص من الخطر:

وعلة هذا الشرط أنه إذا وجدت أفعال أخرى لا تمس مصلحة، وبالذات مباحة، وكان من شأنها صيانة مصلحة المكلف، فلا وجه للاضطرار إلى الفعل، ومن ثم تنتفي أصلاً علة الضرورة، فإذا كانت علة الضرورة هي الترجيح بين المصالح، وإباحة الفعل الذي يهدر مصلحة أقل صيانة لمصلحة أهم، فإنه إذا كان الترجيح بين فعل لا يهدر مصلحة وفعل يهدر مصلحة لم تكن ضرورة للالتجاء إلى الفعل الثاني.

وتطبيقاً لهذا الشرط، فإنه إذا تعرض شخص لخطر الموت جوعاً أو عطشاً، وكان في استطاعته أن يدرأ هذا الخطر بتناول طعام أو شراب حلال فإنه لا ضرورة لتناوله الطعام أو الشراب المحرم. وقد قال في توضيح هذا الشرط الإمام الشافعي "فمن ظن من الجوع الهلاك أو ظن منه ضعفاً يقطعه عن الرفقة ولم يجد في كل منهما حلالاً لزمه أكل الميتة والخنزير ونحوهما من المحرمات وطعام الغير". وهذا القول يربط بين قيام الضرورة إلى تناول المحرم بألا يجد المكلف حلالاً[٣٣٢].

ومن تطبيقات هذا الشرط أن يعتقد مريض أن شفاءه يتطلب تعاطي طعام أو شراب محرم، إذ لا يجوز له ذلك إلا إذا أخبره طبيب مسلم أنه لا يوجد مباح يحل محل ذلك المحرم، إذ يكون تعاطي المحرم هو الوسيلة الوحيدة للشفاء. ومن تطبيقات هذا الشرط أيضاً أن من كان يستطيع التخلص من الخطر عن طريق الهرب يسأل إذا ارتكب فعلاً أهدر به حق غيره في سبيل التخلص من هذا الخطر. ومن تطبيقاته كذلك أن من يهدده خطر حريق اشتعل في قاعة فيقتل

---

[٣٣٢] أسنى المطالب، الشيخ زكريا الأنصاري، جـ ١ ص ٥٧٠؛ ومغني المحتاج، محمد الخطيب الشربيني، جـ٤ ص ٣٠٦؛ د. يوسف قاسم، المرجع السابق، ص ٢٤.

– للنجاة بنفسه – من اعترض فراره عن طريق الباب الرئيسي للقاعة، ويثبت علمه باستطاعة النجـــاة عن طريق باب خلفي، لا يستطـــيع أن يحـــتج بحالة الضرورة، فقد كانت ثمة وسيلة ينجو عن طريقها دون أن يلتجئ إلى فعل القتل المحرم.

ونعتقد أن لهذا الشرط سنداً من قوله تعالى في وصف من يوجد في حالة الضرورة «فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ». فقد اشترط سبحانه فيمن يحتج بالضرورة أن يكون «غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ»، ولا شك في أن من يأتي فعلاً محرماً للنجاة من الهلاك جوعاً، في حين كان يستطيع النجاة بفعل حلال هو مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ، ومن هذه الآية الكريمة نستخلص القاعدة العامة في أن إتيان الفعل المحرم الذي توجد مندوحة عنه لصيانة المصلحة هو "تَجَانُف لِإِثْمٍ"، يبطل الاحتجاج بحالة الضرورة وقد قال الإمام القرطبي في تفسير قوله تعالى «غير باغ ولا عاد». بأن يجد عن هذه المحرمات مندوحة ويأكلها ... فأباح الله أكل المحرمات لعجزه عن جميع المباحات فصار عدم المباح شرطاً في استباحة المحرم"[٣٣٣].

٤٠٤– أن يكون من شأن الفعل التخلص من الخطر:

هذا الشرط يفسره أن علة الضرورة هي الترجيح بين المصالح وإهدار أقلها قيمة صيانة لأكثرها قيمة، ويعني ذلك أن للضرورة غاية شرعية تستهدفها، هي صيانة مصلحة معتبرة. فإذا كان الفعل المرتكب بدعوى الضرورة لا يصون مصلحة، لأنه ليس من شأنه حمايتها من خطر، فإنه لا يكون محل للاحتجاج في إباحته بحالة الضرورة.

وتطبيقاً لذلك، فإنه إذا اشتعلت النار في مبنى، فقتل أحد المهددين بالحريق الشخص الذي أشعلها لم يكن له أن يحتج بحالة الضرورة لإباحة فعل القتل، إذ ليس من شأنه الخلاص من خطر الموت احتراقاً.

٤٠٥– التناسب بين الخطر وبين فعل الضرورة:

---

(٣٣٣) القرطبي ص ٦١٠؛ ابن كثير جـــ١ ص ٢٠٥.

إذا كان المبدأ المستقر في حالة الضرورة أن «الضرورة تقدر بقدرها»، وأن «الضرر الأكبر يزال بالضرر الأقل»، مما يستفاد منه بمفهوم المخالفة أن «الضرر الأقل لا يزال بالضرر الأكبر»، اقتضى ذلك اعتبار التناسب بين الخطر الذي يراد درؤه وبين الفعل الذي يدرأ به ذلك الخطر. وبالإضافة إلى ذلك، فإن علة اعتبار حالة الضرورة سبب إباحة هي الترجيح بين المصالح، وجواز إهدار أقلها قيمة صيانة لأكثرها قيمة، وهذه العلة تقود كذلك إلى اعتبار التناسب شرطاً للضرورة.

ويمكن استخلاص شرط التناسب من شرط اللزوم الذي سبق تفصيله وبالذات «اشتراط كون الفعل الوسيلة الوحيدة للتخلص من الخطر»، ذلك أنه إذا كان في استطاعة المهدد بالخطر أن يدرأه عن طريق فعل ذي جسامة معينة، ولكنه فضل درأه عن طريق فعل أكثر جسامة، فليس هذا الأخير هو الوسيلة الوحيدة لدرء الخطر.

ولهذا الشرط سند شرعي في قوله تعالى في وصف من يوجد في حالة ضرورة لخطر موته جوعاً أو عطشاً: « فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فلا إثم عليه»[٣٣٤]، فاشتراط أن يكون المكلف غير باغ وغير عاد، يفهم منه أنه غير متجاوز في طعامه أو شرابه القدر الذي يصون حياته، إذ لو تجاوز ذلك، واستمرأ الطعام أو الشراب المحرم شهوة لكان باغياً وعادياً، فقد انتفى شرط التناسب بين الخطر الذي يهدده وبين الفعل الذي أتاه درءاً له.

والصعوبة في دراسة هذا الشرط هي في تحديد معيار التناسب.

٤٠٦- معيار التناسب:

من العسير أن يحدد هذا المعيار على أساس قياس مقدار الخطر ثم قياس مقدار جسامة الفعل وتطلب التناسب بين المقدارين، فهذا المعيار مستحيل على التطبيق، إذ لا وجود لوسيلة يقاس بها الخطر والفعل ويقارن بينهما. وبالإضافة إلى ذلك، فإنه من غير المتصور المطالبة بمساواة بين جسامة الخطر وجسامة الفعل، ذلك أن ظروف الضرورة قد تحتم تفاوتاً في هذه الجسامة.

---

(٣٣٤) سورة البقرة، الآية رقم ١٧٣.

نعتقد أن المعيار الذي يتفق مع منطق الشريعة هو أن يكون الفعل المرتكب أقل الأفعال – التي من شأنها درء الخطر والتي كانت في وسع المكلف – من حيث الجسامة.

وتطبيقاً لهذا الشرط، فإن من استطاع درء خطر عن طريق فعل يهدد المال يسأل إذا درأه عن طريق فعل يؤذي النفس، فإذا كان ربان السفينة يستطيع إنقاذ ركابها من الغرق إذا ألقى ببعض حمولتها من البضائع، ولكنه ألقى ببعض ركابها فهو مسئول عن فعله. ومن استطاع درء خطر عن طريق فعل يهدد نفساً واحدة يسأل إذا درأه عن طريق فعل يؤذي نفوساً عديدة.

ويدق تطبيق هذا الشرط إذا تعددت الأفعال المحرمة التي يستطيع المكلف درء الخطر عن طريق إحداها، فإن التساؤل يثور عن معيار الترجيح بينها. وتحديد أقلها خطراً، بحيث يتعين على المكلف إتيانه دون غيره: مثال ذلك أن يهدد شخص بالموت جوعاً، وألا يجد حلالاً يأكله، وإنما يجد جملة مطعومات كلها حرام، وعليه أن يتناول أحدها، فهو يجد لحم خنزير، ولحم ميتة، وطعاماً مملوكاً لغيره، فأي هذه المحرمات يتعين عليه أن يأكله ليتفادى الموت جوعاً. اختلفت آراء الفقهاء في ذلك. ونعتقد أن معيار المفاضلة هو في تدرج الوسائل في درجة التحريم، أي في درجة عدم المشروعية: فإذا كانت إحدى الوسائل محرمة والأخرى مكروهة، فالمكروهة أقل في درجة عدم المشروعية من المحرمة، وإذا كانت إحداها لا تضر بشخص فهي أقل في درجة عدم المشروعية من وسيلة تضر بشخص. ولكن المشكلة في هذا الوضع أن المفاضلة بين الوسائل يغلب أن تكون عسيرة على المكلف، لأنها تتطلب علماً بقواعد الشريعة، وهو ما ليس في استطاعة غالبية المكلفين. لذلك، نرى أن يترك لتقدير القاضي الذي يراقب التقدير الذي خلص إليه المكلف. فإذا أقره عليه تحقق التناسب، وإذا لم يقره اعتبر متجاوزاً حدود حقه بحسن نية، وخففت العقوبة.

٤٠٧- هل يشترط حسن النية للاحتجاج بحالة الضرورة؟

نعني بحسن النية في حالة الضرورة أن يكون المكلف مستهدفاً بفعله درء الخطر، أي لا يكون مستهدفاً غرضاً آخر، كالانتقام، ولو ترتب على الفعل درء الخطر. ويتصل بذلك أن تكون إرادته متجهة إلى التخلص من الخطر، فإذا ثبت اتجاهها إلى غرض آخر، فلا يكون مجال للاحتجاج بحالة الضرورة، ولو ترتب

على الفعل درء الخطر. مثال ذلك أن يلقى ربان السفينة بضائع تحملها مملوكة لعدو له بنية الانتقام منه ثم يتبين بعد ذلك أن السفينة كانت مهددة بالغرق، وأن تخفيف حمولتها على الوجه السابق هو الذي أنقذها من الغرق. ومثال ذلك أيضاً أن يرى المكلف عدوه ينافس شخصاً في التعلق بقطعة طافية من الخشب ويحاول كل منهما النجاة بنفسه من الغرق، فيبعد عنها عدوه بدافع الانتقام، فيترتب على ذلك إنقاذ الشخص الآخر من الغرق.

نعتقد أن حسن النية من شروط حالة الضرورة، وضابطه – كما تقدم – أن يستهدف المكلف بفعله مجرد درء الخطر، وأن تتجه إرادته إلى ذلك. والحجة في ذلك هي قول الله عز وجل في وصف من يوجد في حالة الضرورة بأنه غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ، وذلك في قوله تعالى «فمن اضطر غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلاَ إِثْمَ عَلَيْهِ»، ذلك أن من يدفعه إلى فعله سوء النية، فيكون مستهدفاً به الانتقام، أو أي غرض غير اجتماعي، إذ لا تقره عليه أحكام الشريعة، هو «بَاغٍ وعَادٍ»، ومن ثم لا يصدق عليه ما تطلبه الله عز وجل فيمن يحتج بحالة الضرورة وهو أن يكون «غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ».

وبالإضافة إلى هذه الحجة المستمدة من الآية الكريمة السابقة، فثمة حجة مستمدة من منطق الشريعة، فإباحة الفعل المرتكب في حالة الضرورة لها طابع الاستثناء، وقصد بها الله تعالى التخفيف عن المكلفين الذين يوجدون في الظروف العسيرة التي تفترضها الضرورة والتسامح معهم، فضلاً منه تعالى وإحسانا. وغني عن البيان أنه لا يستحق هذا التسامح والفضل إلا من كان حسن النية نقي السريرة يستهدف بعمله مجرد وقاية مصلحة جديرة باعتبار الشارع، أما إذا كان سيئ النية فقد خرج من جماعة من يستحقون التسامح والفضل.

وثمة حجة أخيرة مجملها أنه إذا كانت علة إباحة فعل الضرورة أن المكلف أدى للمجتمع الإسلامي خدمة، بأن صان مصلحة هامة له، مقابل أن ضحى بمصلحة أقل أهمية، فإن اعتبار المكلف مؤدياً هذه المصلحة يفترض حسن نيته، إذ لا يتصور اعتبار شخص سيئ النية مؤدياً خدمة للمجتمع يستحق من أجل أدائها إباحة فعله.

ولا يعترض هذا القول تكييف حالة الضرورة بأنها سبب إباحة، وما يفترضه هذا التكييف من إسباغ طابع موضوعي عليها بحيث تكون العبرة بتوافر

شروط معينة، دون نظر إلى نفسية من يحتج بهذه الإباحة: ذلك أن طبيعة بعض أسباب الإباحة قد تفرض وظيفتها الشرعية، تطلب حسن النية، وقد تقدم المثال لذلك في استعمال الحق.

المطلب الثاني

أثر حالة الضرورة

٤٠٨- إباحة الفعل:

الأثر الشرعي المترتب على توافر حالة الضرورة بجميع شروطها هو أن يعتبر فعل الضرورة فعلاً مباحاً. ويترتب على هذا التكييف جميع الآثار التي تترتب على أسباب الإباحة، والتي سلف تفصيلها.

فلا تنشأ على عاتق المكلف مسئولية، ولا توقع عليه عقوبة. ويمتد تأثير الإباحة إلى جميع المساهمين في فعل الضرورة، فمن قدم إلى المكلف مساعدة لإتيان فعل الضرورة استفاد بدوره من الإباحة، مثال ذلك من يساعد شخصاً حاصرته النيران في مبنى على الفرار بأن يحطم جداراً في ذلك المبنى، أو يقدم له مادة الإطفاء المملوكة للغير، إذ يستفيد بدوره من الإباحة. بل أن هذا الشخص يستفيد من سبب إباحة خاص به، باعتبار أن الشريعة الإسلامية تعترف بحالة الضرورة لمصلحة من يأتي الفعل إنقاذاً لغيره.

وهذا التكييف الذي تقرره الشريعة الإسلامية لحالة الضرورة يختلف عن التكييف الذي يقرره لها القانون الوضعي الذي يعتبرها "مانع مسئوليته"، ويطبق عليها الأحكام الخاصة بموانع المسئولية.

ونرى أن هذا التكييف لحالة الضرورة يسرى على جميع الجرائم دون تفرقة بينها، إذ أية تفرقة تفتقر إلى السند الشرعي: وعلى سبيل المثال يسرى حكم الضرورة على الفعل الذي تقوم به إحدى جرائم الحدود، كمن سرق طعاماً أو شراباً لإنقاذ نفسه من الهلاك جوعاً أو عطشاً، ويسرى كذلك على الفعل الذي تقوم به إحدى جرائم القصاص، كمن قتل شخصاً كان يحول بين الناس وبين الفرار من مبنى اشتعلت فيه النيران، ويسرى أيضاً على الفعل الذي تقوم به

إحدى جرائم التعزير، كمن أتلف جداراً ليتمكن من الفرار من مبنى غمرته المياه وصارت تهدده بالموت غرقاً[٣٣٥].

ويترتب على تكييف حالة الضرورة بأنها سبب إباحة أن مرتكب الفعل لا يضمن الضرر الذي ترتب على ذلك الفعل، ففعله مشروع، وقد قدم للمجتمع خدمة بأن صان مصلحة له، وإن كان قد ضحى بمصلحة أقل أهمية. وعلى خلاف ذلك، فإن التشريعات التي تصف حالة الضرورة بأنها مانع مسئولية، تقرر مبدأ التزام مرتكب فعل الضرورة بتعويض ما ترتب عليه من ضرر، وإن اجتهدت في أن تضع الحدود العادلة لذلك التعويض، ذلك أن فعله غير مشروع وفق هذا التكييف، وإن امتنعت المسئولية عنه. وفي هذا السياق فقد نصت المادة ١٦٨ من القانون المدني المصري على أن من "سبب ضرراً للغير ليتفادى ضرراً أكبر محدقاً به أو بغيره، لا يكون ملزماً إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسباً".

المبحث الخامس

أداء الواجب

أو استعمال السلطـــة

٤٠٩- الوضع الذي يثير التساؤل عن سبب الإباحة:

هذا الوضع يفترض أن شخصاً قد أتى فعلاً أهدر به حقاً لغيره، ومن ثم كان الأصل في هذا الفعل أن تقوم به جريمة، ولكنه كان به مؤدياً واجباً يلتزم به أو يعتقد أنه ملتزم به. في هذا الوضع يكون من التناقض في منطق الشريعة أن يسأل هذا الشخص عن جريمة، إذ لا يجوز أن يعتبر مؤدياً واجباً مفروضاً عليه، وأن يعتبر به مرتكباً جريمـــة؛ إذ لا يتصور أن يعـــتبر الفعـــل في ذاته مشروعاً، وأن يعتبر في ذات الظروف غير مشروع. ويقضي المنطق في هذا الوضع أن تغلب الصفة المشروعة للفعل، باعتبار أن الأصل في كل فعل أنه مشروع.

---

(٣٣٥) الدكتور يوسف قاسم ص ٢١٨.

ويضم هذا الوضع فروضاً متعددة. فقد يكون مرتكب الفعل شخصاً عادياً، أي ليس موظفاً عاماً، وقد يكون موظفاً عاماً. ونرى أن يحتجز لهذا الفرض التعبير عن سبب الإباحة بعبارة «استعمال السلطة».

فإذا كان فرداً عادياً فقد يأتي الفعل أداء حقيقياً لواجب، وقد يأتي فعلاً غير واجب عليه، ولكن اعتقد أنه أداء لواجب.

وإذا كان موظفاً عاماً، فقد يكون فعله تصرفاً تلقائياً من جانبه، وقد يكون تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس له يجب عليه إطاعته. وفي الفرضين قد يكون الفعل أداء حقيقياً لأمر شرعي أو تنفيذاً لأمر رئيس توجب عليه أحكام الشريعة إطاعته، وقد يكون الفعل تنفيذاً لما اعتقد الموظف أنه أمر شرعي أو تنفيذ لأمر رئيس اعتقد أن أحكام الشريعة تلزمه بتنفيذه.

٤١٠- النصوص الشرعية في تقرير هذا السبب للإباحة:

أهم هذه النصوص هي قول الله تعالي «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَطِيعُواْ اللّهَ وَأَطِيعُواْ الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً»[٣٣٦]. وقوله سبحانه « فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّىَ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُواْ فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجاً مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيماً »[٣٣٧]. وقوله كذلك « وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْراً أَن يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ »[٣٣٨]. وتقرر هذه الآية الكريمة الإلزام بإطاعة الله تعالى، وإطاعة الرسول صلى الله عليه وسلم، وإطاعة أولي الأمر. فإذا قرر الله أو الرسول أو ولي الأمر واجباً، تعين القيام به، فإذا كان الفعل الذي يؤدي به الواجب مهدراً حقاً أو مصلحة لشخص، كان مع ذلك مباحاً استناداً إلى عدم جواز التناقض بالأمر بالفعل والعقاب عليه. ونلاحظ على الآية الكريمة السابقة أنها ذكرت من تجب طاعة أوامرهم في صورة من الترتيب والتعاقب، فذكرت طاعة الله أولاً، ثم طاعة الرسول ثانياً، وأشارت في النهاية إلى أولي الأمر؛ ونلاحظ كذلك أنها ذكرت لفظ «أطيعوا» عند الإشارة إلى ما يصدر عن الله تعالى، وكررته عند الإشارة إلى ما يصدر عن الرسول صلى الله عليه وسلم، ولكنها لم تكرره عند

---

[٣٣٦] سورة النساء، الآية رقم ٥٩.

[٢] سورة النساء، الآية رقم ٦٥.

[٣٣٨] سورة الأحزاب، الآية رقم ٣٦.

الإشارة إلى ما يصدر عن أولي الأمر. ويفهم من هذا الترتيب أن طاعة أولي الأمر مشروطة بأن يكون ما يصدر عنهم في نطاق ما أمر به الله والرسول، بحيث تكون طاعتهم هي في حقيقة الأمر طاعة لله وللرسول. ومؤدى ذلك أنه لا طاعة لولي الأمر إذا خالف أمره ما أمر به الله والرسول، فثمة تدرج في قوة الأوامر التي يلتزم بها المكلف.

وقد أكد رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا التدرج في قوله: «على المرء المسلم السمع والطاعة فيما أحب وكره إلا أن يؤمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة». وفي قوله كذلك «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق». وقوله أيضاً «إنما الطاعة في المعروف»، أي ما تعرفه العقول وتطمئن إليه، وتعول عليه.

وأكد الخلفاء الراشدون هذا الأصل الشرعي. فالخليفة الأول أبو بكر الصديق يقول «أطيعوني ما أطعت الله فيكم، فإن عصيت الله فلا طاعة لي عليكم». وقال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب في بداية ولايته «من رأي منكم في اعوجاجا فليقومه».

٤١١- النصوص الوضعية:

نصت على استعمال السلطة المادة ٦٣ من قانون العقوبات المصري التي ورد فيها أنه «لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميري في الأحوال الآتية: (أولاً) إذا ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه إطاعته أو اعتقد أنها واجبة عليه. (ثانياً) إذا حسنت نيته وارتكب الفعل تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءه من اختصاصه. وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحري وأنه كان يعتقد مشروعيته وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة».

ويلاحظ على هذا النص، والنصوص المقابلة له في التشريعات الوضعية أنها اقتصرت على الإشارة إلى الأفعال الصادرة عن الموظف العام تنفيذاً لحكم القانون أو أمر الرئيس، ولم تشر إلى حكم الفرد العادي إذا أتى الفعل أداء لواجب فرضه عليه القانون أو تنفيذاً لأمر صادر إليه من شخص آخر يلتزم بطاعته كالأمر الصادر من زوج إلى زوجته أو من أب إلى أبنه، أو من مدير مؤسسة إلى موظف أو عامل لديه، أو من مخدوم إلى خادمه. وعلة ذلك أن الشارع الوضعي قدر كفاية القواعد العامة في المسئولية لتقرير الحكم في هذه

الفروض، دون حاجة إلى وضع نصوص تقرر أحكاماً خاصة في شأنها، ونوضح ذلك في موضعه من الدراسة.

المطلب الأول

الفعل الذي يأتيه الشخص العادي

٤١٢- المبدأ العام:

إذا أتى شخص عادي - أي غير موظف وغير مكلف من سلطات الدولة بعمل معين وغير مخول أية سلطة - فعلاً يتضمن مساساً بحق أو مصلحة لغيره، وكان هذا الفعل يتضمن تنفيذاً لواجب مفروض عليه بناء على قاعدة شرعية، فإن هذا الفعل يكون مباحاً، وذلك إعمالاً للمبدأ الذي سبق تقريره من أنه لا يتصور الإلزام بفعل ثم العقاب على إتيانه وإلا كان ذلك تناقضاً تتنزه عنه أحكام الشريعة.

وتطبيقاً لذلك، فإنه إذا قتل شخص عادي غزاة تسللوا إلى إقليم الدولة، إبان معركة يخوضها الجيش الإسلامي دفاعاً عن ذلك الإقليم، أو أصابهم بجراح أو أتلف أسلحتهم أو معداتهم. فلا تثريب عليه فيما فعل. ونقرر ذات الحكم إذا ارتكب الفعل ضد مواطنين مسلمين ثبت أنهم يعاونون الأعداء في عملياتهم العسكرية أو يتجسسون لحسابهم. ولا ترتهن الإباحة بصدور أمر إليه بذلك من موظف عام مختص، ذلك أن الواجب مفروض عليه مباشرة من الشارع دون وساطة من شخص معين. ونقرر ذات الحكم من باب أولى للمتطوع في الجيش، ولو كان القانون لا يخلع عليه صفة الموظف العام. وإذا افترضنا أن التشريع الوضعي الإسلامي يلزم المواطن العادي بالقبض على المجرم المتلبس بجريمته ليسلمه إلى الموظف المختص، وخوله في سبيل ذلك أن يتذرع للقبض عليه بوسائل الجبر الملائمة، ففعل المواطن ذلك، فلا تثريب عليه فيما فعل. وإذا شاهد المواطن شخصاً يجهر بألفاظ تمس المبادئ الأساسية للإسلام أو تتضمن التعريض بشخصية الرسول عليه الصلاة والسلام أو تتضمن الحض على الإلحاد أو الخروج على ما هو معلوم بالضرورة من الإسلام، فلم يجد وسيلة لمنعه من الاسترسال في ألفاظه إلا أن يقتله أو يصيبه بجراح، فلا جريمة فيما فعله، ذلك أن الدفاع عن الإسلام وما هو ثابت من أحكامه على وجه قطعي، هو فريضة على المسلم.

والأمثلة السابقة تفترض أن الفعل كان تنفيذاً سليماً لواجب مفروض على المواطن: فالواجب لا شك في ثبوته، والفعل لم يجاوز حدود الواجب.

ولكن يلحق بهذا الفرض فرض آخر: فقد يأتي المواطن فعلاً لما يعتقد أنه واجب عليه، والحقيقة أن هذا الفعل ليس واجباً عليه؛ وقد يخرج المواطن في فعله على حدود واجب مفروض عليه، وهو يعتقد أنه ما يزال في نطاق واجبه، ما حكم فعل المواطن في هذا الفرض: لا يمكن الإدعاء بأن هذا الفعل مباح، لانتفاء بعض شروط الإباحة. ولكن حسن نية المواطن باعتقاده أن فعله مباح من شأنه – كمبدأ عام – أن ينفي القصد لديه، وقد ينفي الخطأ كذلك لقيام اعتقاده على أسباب معقولة. وبناء على ذلك، فإن المواطن لا يسأل لانتفاء الركن المعنوي لجريمته، وتعتبر حالته صورة من صور "الغلط في الإباحة".

٤١٣– فعل المواطن تنفيذاً لأمر صادر إليه من شخص آخر:

إذا كان فعل المواطن غير تلقائي، وإنما أتاه تنفيذاً لأمر صادر إليه من شخص آخر، فإن الحكم يختلف باختلاف ما إذا كان الأمر صادراً إليه من موظف عام أو صادراً من مواطن آخر:

الأمر الصادر من موظف عام:

إذا كان الأمر صادراً من موظف عام، كما لو أمر قائد الجيش الإسلامي جماعة من المواطنين بالانضمام إلى الجيش وقتل الأعداء أو تعجيزهم عن الاعتداء، أو أمر ضابط شرطة مواطنين بمعاونته في القبض على مجرمين خطرين، أو أمرهم بقتل من يعتدي على محارم الدين، فإن فعل المواطن في هذه الفروض مباح، فالموظف العام المختص له حق توجيه الأمر إلى المواطنين في المجال الذي يختص به، وفي الغالب قد يقرر القانون عقوبة على من يعصي ذلك الأمر، وللمواطن الحق في أن يثق بمشروعية ما يطلبه منه – على سبيل الأمر – موظف يعمل باسم الدولة، ويفترض فيه أنه فحص مشروعية الفعل الذي يأمر به، وبالإضافة إلى ذلك فإن المصلحة في المحافظة على كيان الدولة وانضباط أمورها، يملي خضوع المواطنين لما تصدره السلطة من أوامر يدل ظاهرها على مشروعيتها. ونقول بهذا الحكم، استناداً إلى الاعتبارات السابقة، ولو كان ذلك الأمر في حقيقته غير مشروع، إذ المواطن غير ملزم برقابة مشروعية أوامر الدولة، والغالب ألا يكون ذلك في استطاعته.

الأمر الصادر من شخص عادي آخر:

يدق الحكم إذا كان الأمر صادراً من شخص عادي آخر، تطبق في هذا الفرض القواعد العامة في المسئولية، فإذا كان المطلوب إتيانه في هذا الأمر فعلاً مشروعاً، ولم تكن مشروعيته معلقة على صدور أمر به من موظف عام، فإن الفعل يكون مشروعاً استناداً إلى القواعد العامة، ذلك أنه في ذاته قد استوفى شروط مشروعيته.

أما إذا كان الفعل المطلوب إتيانه غير مشروع، فإن الأمر به لا يزيل عنه الصفة غير المشروعة، إذ لا يقوى على ذلك. ومثال ذلك أن يكون الأمر بإتيان الفعل غير المشروع صادراً من أب إلى ابنه، أو من زوج إلى زوجته، أو من رب عمل إلى أحد عماله. وفي هذا الفرض يسأل مصدر الأمر باعتباره شريكاً بالتسبب، ويسأل منفذ الأمر باعتباره شريكاً مباشراً. ويجوز مع ذلك لمنفذ الأمر، أن يحتج بحسن نيته إذا أثبت أنه كان يعتقد شرعية فعله، لأن ثقته فيمن أصدر إليه الأمر ولدت لديه هذا الاعتقاد، ولم يكن مخطئاً في نشوء هذا الاعتقاد لديه. وله كذلك أن يحتج بالإكراه إذا أثبت أن عدم تنفيذه هذا الأمر كان يعرضه لخطر تتوافر به شروط الإكراه.

المطلب الثاني

الفعل الذي يصدر عن موظف عام

٤١٤ – تقسيم:

إذا كان الفعل الذي يهدر حقاً أو مصلحة لشخص صادراً عن موظف عام، فإنه يتعين في تحديد حكمه التمييز بين فرضين: **في الفرض الأول** يكون الفعل شرعياً وفي **الفرض الثاني** يكون الفعل غير شرعي .

ونميز في الدراسة بين هذين الفرضين:

الفرع الأول

الفعل الشرعي

٤١٥ – تمهيد:

يكون فعل الموظف العام شرعياً في حالتين: إذا كان تنفيذاً لما تأمر به قاعدة شرعية؛ وإذا كان تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس تلزمه قاعدة شرعية بإطاعته.

٤١٦- إتيان الفعل تنفيذاً لما أمرت به قاعدة شرعية:

إذا كان الفعل تنفيذاً لما تأمر به قاعدة شرعية، فإنه لا يثور شك قط إزاء مشروعيته، إذ إتيان ذلك الفعل هو تنفيذ مباشر لقاعدة شرعية، ومن هذه القاعدة يستمد الفعل شرعيته.

وتتضمن هذه الحالة فرضين: **الفرض الأول:** أن يكون الموظف العام ملزماً بإتيان ذلك الفعل على وجه التحديد، بحيث إذا لم يأته كان أثماً، وتعرض للمسئولية إزاء رؤسائه. **والفرض الثاني،** أن ترخص قواعد الشريعة للموظف العام بإتيان ذلك الفعل، أي تخوله سلطة تقديرية في أن يأتيه أو لا يأتيه، وفق تقديره لملاءمة إتيانه في ضوء الظروف التي يتصرف فيها.

والفرض الأول مثاله أن يقتل القائد العسكري أفراداً من جيش الأعداء تسربوا إلى البلاد، أو يقتل ضابط الشرطة أفراداً من البغاة خرجوا على السلطان الشرعي للدولة، أو أن يبلغ الموظف العام عن الجرائم التي تتصل بمجال اختصاصه وتصل إلى علمه، أو أن يقبض الموظف العام على المجرم المتلبس بجريمته إذا ألزمته بذلك قاعدة شرعية.

والفرض الثاني مثاله أن يأمر الموظف المختص بالتحقيق في الجرائم بحبس المتهم احتياطياً؛ أو أن يأمر بتفتيش مسكنه بحثاً عن أدلة الجريمة التي وجه إليه الاتهام في شأنها.

في الفرضين لا يثور شك في شرعية الفعل: ففي الفرض الأول كان إعمالاً مباشراً لقاعدة شرعية. وفي الفرض الثاني كان الفعل كذلك استعمالاً لسلطة تقديرية قررتها أحكام الشريعة الإسلامية ووضعت حدودها وقررت شروطها، والمفترض أن الموظف العام قد ألتزم هذه الحدود وتقيد بتلك الشروط، فكان الفعل كذلك دائراً في نطاق ما قررته قاعدة شرعية. ومن بين ما تقرره القاعدة الشرعية من شروط، شرط ذو طبيعة شخصية، وهو حسن نية الموظف عند مباشرته السلطة التقديرية التي خولت له. ويعني هذا الشرط أن يستهدف الموظف بفعله تحقيق ذات الغرض الذي من أجله قررت له قواعد

الشريعة هذه السلطة، أما إذا ابتغى غرضاً سواه كان فعله غير مشروع، ولو توافرت سائر شروط استعمال هذه السلطة. وتطبيقاً لذلك، فإنه إذا خولت قواعد الشريعة للمحقق سلطة حبس المتهم احتياطياً، فإن لهذه السلطة غرضاً هو الاحتياط لعدم فرار المتهم والاحتياط لعدم إدخاله التشويه على أدلة الاتهام، فإذا كان المحقق قد استهدف بعمله أحد هذين الغرضين كان عمله مباحاً، أما إذا استهدف بعمله الانتقام أو إظهار السطوة فعمله غير مشروع، ولو توافرت الشروط الأخرى لاستعمال هذه السلطة. وعلة اشتراط حسن النية أن تخويل هذه السلطة التقديرية هو «إنابة شرعية» في ممارسة جزء من اختصاص الدولة، فيتعين أن تتقيد بما تتقيد به الدولة عند ممارستها اختصاصها.

٤١٧- إتيان الفعل تنفيذاً لأمر رئيس تجب إطاعته:

تفترض هذه الحالة وجود قاعدة شرعية تلزم الموظف بإطاعة أمر رئيسه، وأن الموظف قد أتى الفعل تنفيذاً لأمر الرئيس. إن إباحة فعل المرؤوس في هذه الحالة لا يجوز أن تثير شكاً، ذلك أن تنفيذ أمر الرئيس الذي تلزم القاعدة الشرعية بإطاعته، هو في حقيقته تنفيذ لهذه القاعدة الشرعية. ومثال هذه الحالة أن ينفذ الجلاد عقوبة الإعدام في شخص تنفيذاً لأمر صادر إليه من الموظف القضائي المختص بإصدار هذا الأمر، أو أن ينفذ مدير السجن الأمر الصادر إليه من المختص بذلك بحبس الشخص المحكوم عليه بالعقوبة، أو أن ينفذ الجندي الأمر الصادر إليه من قائده بقتال الأعداء، وقتله بناء على ذلك بعضهم وأسر البعض الآخر وإتلاف أسلحتهم وإحراق حصونهم واستحكاماتهم.

والفرض في هذه الحالة أن أمر الرئيس شرعي، ومحل ذلك أن يطابق في جميع شروطه الموضوعية والشكلية القواعد الشرعية. أما إذا خالف أحد هذه الشروط فأمر الرئيس غير شرعي، وتنفيذه غير واجب على المرؤوس، إعمالاً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق»، وقوله كذلك «على المرء المسلم السمع والطاعة فيما أحب وكره إلا أن يؤمر بمعصية، فلا سمع ولا طاعة». وترتيباً على ذلك، فإنه إذا نفذ المرؤوس أمر الرئيس غير الشرعي كان فعل المرؤوس غير مشروع بدوره، فقد جاء على خلاف الأصل الشرعي الذي قرره الحديث السابق.

ونلاحظ أنه إذا كان أمر الرئيس مطابقاً لقاعدة شرعية ومن ثم مشروعاً، ولكن المرؤوس حين نفذه كان يعتقد أنه مخالف للشريعة، فإن ذلك لا يحول دون استفادته من سبب الإباحة، وذلك إعمالاً لمبدأ سلف تفصيله وهو أن «الجهل بالإباحة لا يحول دون الاستفادة منها». وسند ذلك ما قدمناه من أن أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية، فإذا توافرت شروطها تحقق أثرها، دون اعتداد بعقيدة من ارتكب الفعل.

الفرع الثاني

الفعل غير الشرعي

٤١٨- تمهيد:

يكون فعل الموظف العام غير شرعي، إذا كان الفعل تنفيذاً لما اعتقده الموظف العام في وجود قاعدة شرعية توجب عليه أو تجيز له إتيان ذلك الفعل؛ وإذا اعتقد أن الفعل تنفيذ لأمر شرعي صادر عن رئيس تجب عليه إطاعته.

٤١٩- اعتقاد الموظف العام أن الفعل هو تنفيذ لقاعدة شرعية تأمر بإتيانه أو تجيز ذلك.

ويعني ذلك أنه لا وجود لهذه القاعدة في واقع الأمر، ولكن الموظف اعتقد وجودها: فالحقيقة موجودة في توهم الموظف وحده. ومثال هذه الحالة أن يقبض الموظف المختص على شخص أو يفتش منزله في حالة لا تجيز فيها قاعدة شرعية ذلك القبض أو التفتيش، وبعبارة أخرى حيث لا تتوافر الشروط المتطلبة للقبض أو التفتيش.

حكم هذه الحالة أن فعل الموظف العام يعتبر غير شرعي، إذ لا سند له من قاعدة شرعية توجبه أو تجيزه، فالمشروعية حكم موضوعي يعتمد على الحقائق الثابتة في ذاتها وليس حكماً شخصياً يقوم على محض اعتقاد لدى الفاعل قد ابتعد عن هذه الحقائق.

فالموظف العام أتى فعلاً غير مشروع، ولكنه حسن النية، وحسن النية لا يقوى على تغيير تكييف الفعل، وإحالته من فعل غير مشروع إلى فعل مشروع.

ولكن حسن النية له تأثيره على المسئولية، وقد يكون من شأنه إعفاء الموظف من المسئولية عن هذا الفعل، على ما نوضحه في موضعه.

٤٢٠- اعتقاد الموظف أن الفعل تنفيذ لأمر شرعي صادر عن رئيسه:

الفرض في هذه الحالة أن الموظف قد صدر إليه أمر من رئيسه بإتيان فعل، فأتى ذلك الفعل معتقداً أن الأمر شرعي وأن فعله بناء على ذلك مشروع، ولكن الحقيقة أن الأمر غير شرعي. ويكون الأمر غير شرعي إذا كان مخالفاً لقاعدة شرعية. وتفترض هذه الحالة أن عدم مشروعية ذلك الأمر قد خفي على المرؤوس، فاعتقد أنه أمر شرعي، واعتقد بناء على ذلك أن فعله – تنفيذاً لذلك الأمر – هو فعل مشروع.

ومثال هذه الحالة أن ينفذ ضابط الشرطة أمراً صادراً إليه من رئيس له بالقبض على شخص أو تفتيش مسكنه، وكان هذا الأمر غير مستوف شروط صحته الشكلية أو الموضوعية التي تتطلبها القواعد التي تحدد شرعية ذلك الأمر، ولكن ضابط الشرطة يجهل عيب ذلك الأمر، ويعتقد أنه مطابق للقواعد الشرعية.

وحكم هذه الحالة أنها تنطوي علي تعارض بين أمر الشريعة وأمر الرئيس، ولا شك في أن حسم هذا التعارض إنما يكون بتغليب أمر الشريعة، "فلا طاعة لمخلوق في معصية الخالق" علي ما ورد في حديث رسول الله صلي الله عليه وسلم. وبناء علي ذلك، كان فعل المرؤوس (ضابط الشرطة في المثال السابق) فعلاً غير مشروع. ولكن حسن نيته الذي تمثل في اعتقاده شرعية الأمر الصادر إليه، وشرعية فعله بناء على ذلك لا يجوز أن يبقى دون تأثير على المسئولية الناشئة عن إتيان ذلك الفعل. وتلحق هذه الحالة – في هذا الشأن – بالحالة السابقة التي تفترض أن الموظف العام أتى من تلقاء نفسه، أي دون صدور أمر بذلك من رئيسه، فعلاً غير مشروع معتقداً أنه مشروع.

٤٢١- إعفاء الموظف العام من المسئولية عن فعله غير المشروع:

إذا كان الموظف العام حين أتى فعله حسن النية، أي يعتقد أن فعله التلقائي مشروع أو يعتقد أن أمر رئيسه إليه مشروع، فإنه لا يسأل عن فعله باعتباره جريمة عمدية، إذ شرط هذه المسئولية هو توافر القصد الجنائي لدى مرتكب الفعل. وبديهي أن حسن النية الذي تمثل في الجهل بعدم شرعية الفعل ينفي

القصد، إذ القصد يفترض من بين عناصره العلم بعدم شرعية الفعل فيكون الاعتقاد بشرعيته نافياً ذلك العنصر.

وإذا عللنا انتفاء المسئولية بانتفاء القصد الجنائي تعين الرجوع إلى القواعد التي تحدد عناصر القصد الجنائي، لكي يكون ضابط حسن النية هو انتفاء أحد هذه العناصر. والمقرر في هذه القواعد أن الجهل بالوقائع، المتمثل في تصورها على نحو يجعل الفعل المرتكب في نطاقها فعلاً مشروعاً ينفي القصد، لأنه يعني اعتقاد المكلف أنه يأتي فعله في ظروف تجعله مشروعاً. وتقرر هذه القواعد إلى جانب ذلك أن الجهل بأحكام الشريعة، المتمثل في الجهل بالقاعدة الشرعية التي تقرر عدم شرعية الفعل لا ينفي القصد الجنائي، تطبيقاً لمبدأ أن «الجهل بالأحكام لا يقبل في دار الإسلام».

وتطبيقاً للمبادئ السابقة، فإنه إذا قبض الموظف على شخص غير المتلبس بالجريمة معتقداً أنه المتلبس بها، لأن المتلبس أسرع بالفرار والاختفاء، فظن أن الشخص الذي قبض عليه هو المتلبس بالجريمة، أو فتش ضابط الشرطة مسكن شخص غير المطلوب تفتيشه في الأمر الصادر إليه، لتشابههما في الاسم، فإن الموظف العام تنتفي مسئوليته العمدية لانتفاء القصد لديه، بناء على الغلط في الوقائع.

ولكن إذا عذب المحقق المتهم لحمله على الاعتراف، معتقداً أن قواعد الشريعة تجيز له ذلك، وكان الثابت أنها لا تجيزه، فإن هذا الغلط لا يجديه، لأنه متعلق بقاعدة شرعية، ومن ثم يبقى مسئولاً عن فعله. ونقرر ذات الحكم لموظف نفذ أمر رئيسه بإحراق مسكن شخص، معتقداً أن قواعد الشريعة تجيز للرئيس إصدار هذا الأمر، وكان الثابت أنها لا تجيز ذلك.

ونستخلص من ذلك قرينة مؤداها أنه إذا كان وجه الإجرام في الفعل الذي أتاه الموظف ظاهراً أو كان ذلك ظاهراً في أمر الرئيس كتعذيب شخص أو هتك عرضه أو إحراق مسكن أو هدمه، فإنه لا يقبل احتجاج الموظف بحسن نيته، إذ الظاهر يكذب ادعاءه، فالعقل لا يتصور اعتقاد شخص معتاد بأن فعلاً يتضح وجه الإجرام فيه، هو فعل مشروع.

ويستطيع الموظف مع ذلك في الحالة السابقة، أي حالة ما إذا كان وجه الإجرام ظاهراً في الأمر الذي يطلب منه رئيسه تنفيذه، أن يحتج بالإكراه أو

حالة الضرورة في تنفيذه ذلك الأمر، إذا أثبت أن عدم تنفيذه ذلك الأمر كان يعرضه على الفور لخطر جسيم يهدده. ويتحقق هذا الوضع في الغالب بين الرؤساء العسكريين ومرؤوسيهم، وخاصة أثناء سير العمليات العسكرية، حيث يستتبع عدم تنفيذ الأوامر التعريض لعقوبات قاسية. ومثال ذلك أن يصدر إلى الجندي أمر من رئيسه بقتل أسرى أو مدنيين أو تدمير قرية، إذ قد يتعرض الجندي عند عدم تنفيذ هذا الأمر إلى محاكمة عسكرية عاجلة، تنتهي إلى الحكم عليه بعقوبة قاسية تنفذ فوراً. في هذا الفرض يصلح الاحتجاج بالإكراه أو الضرورة – وفقاً للقواعد العامة – للإعفاء من المسئولية.

ويثور بعد ذلك تساؤل: هل مجرد ثبوت حسن النية المتمثل في جهل الموظف عدم مشروعية فعله أو عدم مشروعية أمر رئيسه كاف لإعفائه من المسئولية، أم أنه يتعين بالإضافة إلى ذلك أن يكون قد قام بمجهود إيجابي للتحقق من مشروعية فعله، على نحو يكون معه اعتقاده مشروعية فعله مستنداً إلى أسباب معقولة.

٤٢٢ – قيام الموظف العام بمجهود إيجابي للتحقق من مشروعية فعله:

قيام الموظف العام بمجهود إيجابي للتحقق من مشروعية فعله، وثبت أن اعتقاده مشروعيته قد بنى على أسباب معقولة له أهمية في توفير سبب الإعفاء من المسئولية من وجهين:

الوجه الأول، من حيث اقتناع القاضي بإدعاء الموظف أنه كان يعتقد مشروعية فعله: فإذا دفع الموظف بحسن نيته، واثبت للقاضي أنه بذل ما في وسعه، بالنظر إلى الظروف التي أتى فيها فعله، للتحقق من مشروعية فعله، فإن القاضي يميل إلى الاقتناع بهذا الدفاع. وفي مقابل ذلك، فإنه إذا أثار الموظف هذا الدفع دون أن يثبت قيامه بهذا المجهود، بل تبين للقاضي أن اعتقاده كان متسرعاً واتسم بالاستهتار وعدم المبالاة بحقوق الغير، فإنه يغلب أن يرجح القاضي عدم توافر حسن النية لدى الموظف. وعلى سبيل المثال، فإنه إذا شاهد رجل الشرطة شخصاً يعدو في الطريق دون سبب واضح، فاعتقد أنه مجرم فر بعد ارتكابه جريمته أو أنه هارب من سجن، فأطلق عليه النار في مقتل، فإن القاضي يغلب ألا يقتنع باعتقاده الذي يثيره لدفاعه. ولكن إذا كان رجل الشرطة قد بذل مجهوداً ليبني عليه اعتقاده السابق، فنادى الشخص المهرول ليتوقف، أو

طلب إليه أن يفصح عن سبب هرولته أو أن يحدد وجهته، فلم يرد عليه؛ وبعد ذلك أطلق النار في الهواء تحذيراً له من الاستمرار في هرولته فلم يستجب لهذا التحذير، وبعد ذلك أطلق عليه النار في غير مقتل، فإن احتجاجه بحسن نيته يغلب أن يصادف اقتناعاً لدى القاضي.

وهذا الوجه الأول لأهمية القيام بمجهود إيجابي للتحقق من مشروعية الفعل هو وجه إجرائي، يتصل بإثبات الاحتجاج بحسن النية.

أما الوجه الثاني لأهمية الدفاع السابق، فهو وجه موضوعي. ذلك أن إثارة الموظف حسن نيته واقتناع القاضي به تقتصر أهميته على نفي القصد الجنائي لدى الموظف، بانتفاء العلم الذي يعتبر أحد عناصره، ولكنه لا ينفي بالضرورة الخطأ غير العمدي، الذي قد يعتبر الجهل – في موضع كان يتعين العلم فيه – صورة لذلك الخطأ. ومؤدى ذلك أن حسن النية ينفي المسئولية العمدية، ولكنه لا ينفي بالضرورة المسئولية غير العمدية. فإذا كان الفعل المسند إلى الموظف قتلاً، وثبت توافر حسن النية لديه، كان ذلك نافياً مسئوليته عن قتل عمدي. فإذا ثبت – بالإضافة إلى ذلك – القيام بمجهود إيجابي للتحقق من مشروعية الفعل، وقيام حسن النية على أسباب معقولة، أي يشارك الموظف فيها الشخص العادي، كان ذلك نافياً للمسئولية غير العمدية كذلك. ويعني ذلك أن تنتفي المسئولية الجنائية في صورتيها، فلا يكون وجه لمسئولية جنائية قط. أما إذا ثبت أن الاعتقاد بمشروعية الفعل لم يسبقه القيام بمجهود إيجابي يجعله مستنداً إلى أسباب معقولة، فإن الموظف يسأل على جريمة غير عمدية، إذا كان فعله يحتمل نوعي المسئولية، أي يحتمل أن يسأل مرتكبه عنه مسئولية عمدية أو غير عمدية تبعاً لصورة الركن المعنوي التي ثبت توافرها.

المبحث السادس

إهدار حرمة بعض الأشخاص

٤٢٣- المبدأ العام:

تسدي قواعد الشريعة الإسلامية حمايتها لجميع مواطني الدولة الإسلامية، من مسلمين وكتابيين، أقاموا في الإقليم الإسلامي أو في خارجه. وتسدي قواعد

الشريعة الإسلامية حمايتها كذلك للأجانب الذين يأتون إلى إقليمها مسالمين وبإذن منها. وتعني هذه الحماية تقرير حرمة دماء هؤلاء الأشخاص وأموالهم، فكل اعتداء يقع عليها يخضع لقواعد التجريم والعقاب التي تقررها الشريعة.

وتعرض المشكلة إذا تساءلنا عما إذا كان لهذا المبدأ استثناءات بحيث يوجد أشخاص تتجرد دماؤهم وأموالهم من هذه الحرمة، ومعنى تجردها من الحرمة أن يباح المساس بها، فلا يعد هذا المساس جريمة، ولا توقع عقوبة على من صدر عنه. والقول بذلك يعني وجود سبب إباحة يخضع له ذلك المساس، وتكييف هذا السبب للإباحة أن يعتبر فعل المساس استعمالاً لحق أو – في بعض الآراء – أداء لواجب. وأهم أمثلة لذلك حالة الحربيين الذي يدخلون في إقليم الدولة بنية الإضرار بالأشخاص والأموال فيها. وتعبير الحربيين في حاجة إلى التحديد، والأصل أن المراد به رعايا دولة في حالة حرب مع الدولة الإسلامية؛ ولذلك لا يدخل فيه رعايا دولة تقف على الحياد في هذه الحرب.

وتثور المشكلة كذلك بالنسبة لمواطني الدولة الإسلامية إذا ارتكب أحدهم جريمة تستوجب عقوبة الإعدام أو قطع أحد الأطراف، إذ يتعين التساؤل عما إذا كان يجوز لأحد الأشخاص توقيع هذه العقوبة والحلول بذلك محل السلطات العامة التي تختص أصلاً بتوقيعها. وعلى سبيل المثال: إذا ارتد مسلم عن دينه، أو زنا محصن، أو ارتكب الحرابة شخص، فهل يجوز لمواطن عادي أن يقتل ذلك الشخص، استناداً إلى أن حرمة شخصه قد زالت بارتكابه الجريمة المستوجبة للقتل. وإذا سرق شخص سرقة مستوجبة للقطع، فهل يجوز لمواطن عادي أن يقطع يده، استنادًا إلى زوال حرمة يده؛ وصيرورتها مهدرة.

٤٢٤ – النصوص الشرعية في حرمة الدماء والأموال:

أهم النصوص التي قررت حرمة دماء المسلمين وأموالهم، هو قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أمرت أن أقاتل حتى يقولوا لا إله إلا الله، محمد رسول الله، فإذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم إلا بحقها". ومعنى هذا الحديث أن المسلم معصوم الدم والمال، ولو كان حديث الإسلام، اقتصر إسلامه على قوله "لا إله إلا الله محمد رسول الله"، وقوله عليه الصلاة والسلام "ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم، فمن أخفر مسلماً فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل منه صرف ولا عدل".

وحرمة غير المسلمين من مواطني الدولة الإسلامية، فهي ثابتة بقوله تعالى «وَإِن جَنَحُواْ لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا»[٣٣٩]، وقوله سبحانه «وَأَوْفُواْ بِعَهْدِ اللّهِ إِذَا عَاهَدتُّمْ»[٣٤٠] وقوله عز وجل «فَمَا اسْتَقَامُواْ لَكُمْ فَاسْتَقِيمُواْ لَهُمْ»[٣٤١]، ذلك أن العلاقة بين الدولة الإسلامية ومواطنيها من غير المسلمين هو «عقد الذمة» الذي يرتب حقوقاً والتزامات لطرفيه، وأهم ما تلتزم به الدولة هو حماية مواطنيها غير المسلمين الذين دخلوا في ذمتها، وكفالة حرمة دمائهم وأموالهم.

وحرمة غير المسلمين من غير مواطني الدولة، – وإن كانوا مشركين – يقررها قول الله تعالى: «وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّى يَسْمَعَ كَلاَمَ اللّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ»[٣٤٢]. وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم "إذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم إلى إحدى خصال ثلاث: ادعهم إلى الإسلام فإن أجابوك فاقبل وكف عنهم، فإن أبوا فادعهم إلى إعطاء الجزية، فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم، فإن أبوا فاستعن بالله وقاتلهم". ودلالة هذا الحديث في أن الحرية مقررة للمسلمين، ولمن سالم الدولة الإسلامية وكان مظهر مسالمته هو قبوله إعطاء الجزية. ودلالته أن الحرمة لا تزول إلا بالنسبة لمن يقفون موقف الحرب من الدولة الإسلامية.

أما النصوص التي قررت إهدار حرمة بعض الأشخاص – مسلمين أو غير مسلمين – فمتعددة، وأهمها التي قررت عقوبات الإعدام أو قطع بعض الأطراف عند ارتكاب بعض الجرائم.

٤٢٥ – خطة الدراسة:

تتجه الآراء في الفقه الإسلامي إلى تقرير إهدار حرمة دماء وأطراف بعض الأشخاص. ومعنى الإهدار – كما قدمنا – أن يعتبر فعل الشخص الذي يقتل أو يقطع طرف المهدر فعلاً مباحاً، باعتباره استعمالاً لحق أو أداء لواجب. ولا يحول دون الإباحة في هذه الآراء أن يكون توقيع العقوبة على الشخص المهدر من شأن الدولة، وإنما يحاسب مرتكب الفعل عن افتئات على سلطة الدولة، ولا يتعارض ذلك مع الإباحة المقررة للفعل.

---

[١] سورة الأنفال، الآية رقم ٦١.

[٢] سورة النحل ، الآية رقم ٩١.

[٣] سورة التوبة، الآية رقم ٧.

[٤] سورة التوبة، الآية رقم ٦.

وندرس فيما يلي هذه الآراء. وأهم الحالات التي قيل فيها بإهدار الدماء أو الأطراف هي التالية: الحربي، والزاني المحصن، والمقتول فرداً ينتمي، والمرتد، والمحارب، والباغي، والسارق.

٤٢٦- الحربي:

الحربي هو من ينتمي إلى دولة في حالة حرب مع الدولة الإسلامية.

ومن المتفق عليه أنه إذا قتل شخص حربياً في أثناء المعركة الحربية، أي كان القاتل أحد أفراد الجيش الإسلامي والمقتول فرداً ينتمي إلى جيش العدو، فلا جريمة في فعله، بل يعتبر عمل بطولة وأداء لواجب. وإذا كان القتل جائزاً، فإن الجرح يكون – من باب أولى – جائزاً. بل ويجوز لجنود المسلمين أن يلتفوا حول الخطوط الخلفية للعدو، ويقتلوا – على سبيل المفاجأة – جنود العدو، وبصفة خاصة قائد الجيش؛ ويجوز لهم – من باب أولى – أن يقوموا بأعمال التخريب لاستحكامات العدو ومنشآته العسكرية.

ولكن إذا استسلم بعض جنود العدو، ووقعوا في الأسر، فإن قتلهم يكون غير جائز، إذ لم يعد منهم خطر، فلم يعد قتلهم عملاً عسكرياً مباحاً. ولا يجوز قتل المرأة ولو اشتركت في الأعمال العسكرية. ولا يجوز قتل المدنيين، وخاصة الشيوخ، والأطفال، والمتفرغين للعبادة؛ ولا يجوز تخريب ممتلكات المدنيين، وخاصة النبات والحيوان. وقد وردت هذه المحظورات في الحرب التي يباشرها جيش المسلمين في رسالة الخليفة الأول أبي بكر الصديق رضي الله عنه إلى جيوش المسلمين التي توجهت لحرب المرتدين. وقد ورد في هذه الرسالة: "إنك ستجد قوماً زعموا أنهم حبسوا أنفسهم في الصوامع، فدعهم وما زعموا وإني موصيك بعشر"لا تقتلن امرأة، ولا صبياً، ولا كبيراً هرماً، ولا تقطعن شجراً مثمراً، ولا نخلاً، ولا تحرقها، ولا تخربن عامراً، ولا تعقرن شاة ولا بقرة إلا لمأكلة، ولا تجبن ولا تغل".

ولا شك أن ما ورد في هذه الرسالة من قواعد يعتبر جزءاً ثابتاً من قواعد الشريعة الإسلامية، لما هو معلوم من أن مذهب الصحابي هو أحد مصادر الأحكام الشرعية.

وتمثل قواعد الحرب الإسلامية مظهر تحضر واضح، واتجاه إنساني رفيع للإسلام، وهذه القواعد نابعة عن أصول الإسلام ومبادئه الأساسية. ولذلك، فلا

يجوز إتيان الأفعال المحظورة على الجنود المسلمين، ولو على سبيل «المعاملة بالمثل»، إذا كان جنود العدو يأتونها، إذ لا يجوز أن تنزل الحضارة الإسلامية عن مظاهر السمو فيها مجاراة لما تبيحه حضارات أخرى، دون ذلك السمو.

والحالة الوحيدة التي يمكن أن تباح فيها هذه الأفعال، هي حالات ما إذا اقتضتها ظروف الدفاع المشروع، أي ظروف تفادي هزيمة محققة تهدد جيش المسلمين.

ويلحق بقتل العدو في ميدان القتال قتل العدو الذي تسرب إلى ما خلف خطوط الجيش الإسلامي أو تسرب إلى داخل البلاد ليمارس أعمال التخريب أو التجسس أو زعزعة الروح المعنوية للأمة الإسلامية، إذ تلحق الأفعال السابقة بالأعمال العسكرية، إذ لها ذات الهدف، وهي تساند الأعمال العسكرية لجيش العدو وتعتبر – في حقيقتها – جزءًا منها.

ولكن الأمر يدق في قتل أو جرح أحد رعايا دولة معادية، قد تكون في حالة حرب مع الدولة الإسلامية؛ وقد لا يكون العداء بينهما قد وصل إلى حالة الحرب إذا كان هذا الشخص مسالماً وكان قد دخل في الإقليم الإسلامي دون تصريح من الدولة الإسلامية، لغرض غير عدواني، كالزيارة أو التجارة.

يتجه الرأي في الفقه الإسلامي إلى إباحة قتل هذا الشخص أو جرحه، استناداً إلى أنه غير معصوم الدم والمال، لأن مصدر العصمة إما الإيمان (أي اعتناق الإسلام)، وإما الأمان (أي الارتباط بعقد الذمة أو عقد الاستئمان)، فإذا لم تكن للشخص عصمة لها أحد المصدرين السابقين، فهو مهدر الدم والمال. ولكنا نرى أنه إذا كان قتل هذا الشخص أو إصابته مباحاً، فإن الذي يكون له ذلك هو «ولي الأمر»، أو في تعبير آخر «الدولة الإسلامية» ممثلة في الموظف الذي له هذا الاختصاص، وهذا الموظف يراعى في مباشرة هذا الاختصاص مصلحة الدولة، وما إذا كانت تقتضي ذلك على سبيل اللزوم. وفي الغالب لا يقتضي الأمر ذلك، إذ الفرض في هذا الشخص أنه مسالم، ودخل الإقليم الإسلامي بغير ترخيص من سلطاته. وقد يكفي في مواجهة هذا الشخص إبعاده عن الإقليم، ومن الجائز أن تفرض عليه عقوبة لدخوله الإقليم الإسلامي بغير ترخيص.

ونعتقد أن من الممكن تصحيح وضع هذا الشخص بإعطائه ترخيصاً يغلب أن يكون محدد المدة التي تنتهي بتحقيقه الغرض السلمي الذي وفد إلى الإقليم

الإسلامي من أجله. فإذا أعطي له هذا الترخيص اللاحق صار من غير شك معصوم الدم والمال.

ونرى – بناء على ذلك – أنه من السائغ الإضافة إلى مصادر الأمان، بحيث يضاف إلى عقد الذمة وعقد الاستئمان "الترخيص اللاحق"، بل نرى أنه يمكن أن يضاف إلى هذه المصادر «العرف الدولي» الذي لا يجيز قتل الأجانب غير المحاربين. ويفترض قبول الدولة الإسلامية هذا العرف، باعتبارها قبلت الانضمام إلى مجموعة الدول المعاصرة، بالإضافة إلى أن هذا العرف لا يناقض نصاً، وإنما تسانده المصلحة المرسلة.

والحكم السابق يصدق – من باب أولى – على رعايا دولة غير معادية، دخل الإقليم الإسلامي بغير ترخيص من الدولة، ولو كان لا يدين بالإسلام، أو بدين كتابي.

والخلاصة مما تقدم أنه إذا ارتكب شخص قتلاً أو جرحاً أو غصب مال في غير الحالات المحددة التي تزول فيها حرمة الدم أو المال، وهي حالات محصورة على ما تقدم، فإن المتهم يسأل عن جريمة عمدية. ولا يجوز القول بأن مسئوليته تقتصر على الافتئات على سلطة الدولة، بحلوله محلها في شأن تختص به، ذلك أن الاستفادة من الإباحة تفترض توافر جميع شروطها، فإن انتفى أحدها، عاد الفعل إلى أصله من التجريم.

ويجوز – وفقاً للقواعد العامة – لمن أتى الفعل غير المباح أن يحتج «بالغلط في الإباحة»، إذا أثبت اعتقاده شرعية فعله، وقيام هذا الاعتقاد على أسباب معقولة.

٤٢٧ – المرتد:

المرتد هو كل مسلم غير دينه إلى دين آخر، سواء كان ديناً كتابياً أو ديناً غير كتابي، بل يعتبر كذلك إذا ترك الإسلام ولم يعتنق أي دين، أي صار ملحداً، ففي جميع الحالات السابقة يصدق عليه أنه ارتد عن الإسلام أي تركه. والردة جريمة لا يرتكبها إلا شخص كان مسلماً قبل ردته، ومن ثم لا يرتكبها غير مسلم ترك دينه واعتنق ديناً آخر، كيهودي اعتنق المسيحية أو العكس.

وبناء على ذلك، كان من مفترضات الردة ثبوت الإسلام قبل الردة. وقد تكون الردة صريحة، بإعلان مسلم أنه اعتنق ديناً آخر؛ وقد تكون ضمنية بأداء مسلم شعائر دين آخر على وجه من الانتظام والاضطراد، وتركه شعائر الإسلام؛ بل تقع الردة بإنكار مسلم ما هو معلوم من أحكام الإسلام بالضرورة، أي إنكاره مبدأ أو قاعدة أساسية تعتبر من أركان الإسلام أو أصوله التي لا يتصور بدونها، كشخص ينكر أن السنة من مصادر الشريعة أو ينكر فريضة الصلاة أو الزكاة أو الصيام أو الحج إلى بيت الله الحرام، أو ينكر تحريم الربا أو الخمر. وبناء على ذلك، فإنه لا يعتبر مرتداً من أنكر رأياً فقهياً قال به بعض الفقهاء، وكان متصوراً الخلاف فيه. ومثال ذلك الآراء الخلافية التي اختلف عليها الأئمة، وكان لكل منهم وجهته فيها، وهو خلاف لا يتطرق إلى أصول الإسلام التي أجمع الفقهاء عليها. بل إن القائل برأي جديد يعتبر مجتهداً إذا توافرت له صلاحية الاجتهاد، واتبع في تكوين رأيه ودعمه ما أقره الأصوليون من ضوابط.

وعقوبة الردة هي الإعدام. والسند الشرعي لذلك هو قول رسول الله صلى الله عليه وسلم "لا يحل قتل امرئ إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان، وزنا بعد إحصان، وقتل نفس بغير نفس"؛ وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم "من بدل دينه فاقتلوه". وسند هذه العقوبة كذلك أن المرتد كان دمه معصوماً حين كان مؤمناً، أي كانت عصمته بالإيمان، فلما ارتد، ونزع عن نفسه الإيمان زالت عنه العصمة، لزوال سببها، فصار غير معصوم. وتعلل شدة عقوبة الردة بأن الدولة الإسلامية تقوم على الإسلام، وما يقوم عليه من أركان، ويصدر عنه من أحكام، فتعد مبادئ الإسلام هي المبادئ التي يقوم عليها كيان الدولة وأمنها. ومن ثم كان إنكار هذه المبادئ هو مساس بأمن الدولة، وهي تشبه في القوانين الحديثة الجرائم الماسة بأمن الدولة الداخلي، أو حسب تعبير قانون العقوبات المصري «الجرائم المضرة بالحكومة من جهة الداخل» (الباب الثاني من الكتاب الثاني: المواد من ٨٦ إلى ١٠٢ مكرراً، وكثير من هذه الجرائم معاقب عليه بالإعدام، على سبيل المثال: المادتان ٨٩، ٩٣ من قانون العقوبات المصري. وعلة هذه العقوبة المشددة هي مساس هذه الجرائم بكيان الدولة، على مثال ما تحدثه جريمة الردة بالنسبة لكيان الدولة الإسلامية.

وقد رتب الأئمة على صيرورة المرتد مهدر الدم لاستحقاقه عقوبة القتل جواز أن يقتله أي شخص، ولو لم يصدر حكم قضائي بتقرير ردته والحكم عليه بعقوبتها، ويعتبر هذا القتل مباحاً، ويعتبر الجرح كذلك مباحاً. بل أقر الأئمة هذا الحكم، ولو كانت السلطات العامة قد خصت نفسها بتوقيع العقوبة على المرتد، وحظرت ذلك على الفرد، ذلك أنه قتل أو جرح غير ذي عصمة، وقالوا مع ذلك بجواز أن يعاقب هذا الشخص تعزيراً باعتباره مفتئتاً على سلطة الدولة، لا باعتباره قاتلاً[٣٤٣]. وذهب رأي إلى القول بأنه يجب عليه التعزير ودية تؤدى إلى بيت المال[٣٤٤].

ونرى أن المرتد لا يجوز قتله إلا بناء على حكم قضائي يصدر بإعدامه وذلك بعد التحقق من أركان جريمة الردة وشروط العقاب عليها، ذلك أن أركان هذه الجريمة قد تتسم بالدقة في بعض الفروض، فإذا كان من حالات الردة أن ينكر المتهم ما هو معلوم من أحكام الشريعة الإسلامية بالضرورة، فإن تحديد ذلك المعلوم، والفصل فيما إذا كان سلوكه يتضمن إنكاره هو مسألة لا يستطيع الفصل فيها شخص من عامة الناس، ولذلك كان متعيناً أن يختص بالفصل فيها شخص له إلمام كاف بأحكام الشريعة، وهذا الشخص هو القاضي. يؤيد ذلك أنه لو ترك تحديد ذلك لعامة الناس لأسرف بعضهم في اتهام بعض بالردة، دون سند شرعي، وهددت الفوضى المجتمع، وهذا ما تأباه مبادئ الشريعة وأهدافها. وقد حرم الله تعالى اتهام المؤمنين بالكفر دون سند، فقال سبحانه «بِئْسَ الاِسْمُ الْفُسُوقُ بَعْدَ الإِيمَانِ»[٣٤٥]. وبالإضافة إلى ذلك، فإن من شروط العقاب على الردة أن يستتاب المتهم بالردة عدداً من المرات، ولا يحسن الشخص العادي تحقيق هذا الشرط، إذ من الملائم أن يوضع طلب الاستتابة في صيغة معينة، وأن يحبس المتهم احتياطياً خلال مرات استتابته، كي لا يفر من العقاب، ويتعين أن يكون ذلك من شأن القضاء أو سلطة عامة تخضع لإشراف القضاء.

ونرى بناء على ذلك أنه إذا قتل شخص عادي من اتهم بالردة دون صدور حكم قضائي بات بإعدامه، ودون أن يكون مخولاً من السلطات العامة

---

[٣٤٣] البحر الرائق جـ ٥ ص ١٢٥؛ الإقناع جـ ٤ ص ٣٠١؛ المهذب جـ ٢ ص ٢٣٨؛ مواهب الجليل جـ٦ ص ٢٣٣.

[٣٤٤] الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ١٢٧..

[٣٤٥] سورة الحجرات الآية رقم ١١.

بتنفيذ هذا الحكم، وقعت عليه عقوبة القتل العمدي، ذلك أنه لا يستطيع الاحتجاج بتوافر سبب إباحة إلا إذا تحققت جميع شروطه، فإذا انتفى أحدها، امتنع عليه الاحتجاج به.

٤٢٨- الزاني المحصن:

الزاني المحصن عقوبته الرجم، أي الإعدام رمياً بالحجارة، وفقاً لقواعد معينة. وسند هذه العقوبة هو حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم "لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان، وزنا بعد إحصان، وقتل نفس بغير نفس". وقد استخلص جمهور الفقهاء من ذلك أن من ثبت زناه وهو محصن صار مهدر الدم، ومن ثم لا يعاقب قاتله لأنه قتل شخصاً غير معصوم الدم[٣٤٦]. ويضيفون إلى ذلك أن رجم الزاني المحصن هو أحد الحدود، والقاعدة العامة أن الحدود لا يجوز تأخيرها، ومن ثم كان قتله واجباً.

وذهب رأي في مذهب الإمام الشافعي إلى أن قاتل الزاني المحصن يقتل به، لأنه – على خلاف مستحق القصاص – لا يقتل لنفسه، وإنما يقتل لغيره، كما لو قتل شخص شخصاً، فقتل القاتل غير ولي الدم، إذ لا يباح له فعله، لأنه غير ذي صفة في القتل[٣٤٧]، فالقتل لولي الدم دون سواه، ولكن هذه الحجة مردودة لأن الزاني المحصن مهدر الدم بالنسبة للناس كافة، في حين أن القاتل مهدر الدم بالنسبة لولي دم المقتول.

ولا نرى أن الزاني المحصن مهدر الدم بالنسبة لأي شخص، بحيث يسعه أن يقتله ويحتج بسبب إباحة؛ وإنما هو مهدر الدم إزاء السلطات العامة فقط، ذلك أنه لا يعتبر زانياً محصناً إلا إذا ثبت زناه، أي ثبت توافر أركان جريمة الزنا في حقه بطرق الإثبات المقررة شرعاً وثبت كذلك إحصانه، ولا يختص بالتحقق من ذلك غير القضاء. وإذا صدر الحكم بتوقيع عقوبة الرجم عليه، فإنه لا يختص بتنفيذ هذا الحكم غير سلطات الدولة المنوط بها تنفيذ العقوبات، ذلك أن تنفيذ عقوبة الرجم يخضع لقواعد معينة، ولا يحسن اتباع هذه القواعد غير من خصتهم الدولة بذلك ووثقت فيهم. وبالإضافة إلى ذلك، فإن تخويل أي شخص القول بأن شخصاً آخر قد ثبت زناه وإحصانه، وتنفيذه بناء على قوله عقوبة

---

(٣٤٦) حاشية الطهطاوي جـ ٤ ص ٢٦٠؛ مواهب الجليل جـ ٦ ص ٥٣١ ، المغني جـ ٩ ص ٤٣.

(٣٤٧) المهذب جـ ٢ ص ١٨٦.

الرجم فيه، قد يفتح الباب لاتهام غير قائم على دليل، وقد يفضي إلى ظلم شخص برئ، ثم إن تخويله ذلك التنفيذ بنفسه أو بمن يستعين بهم على ذلك، قد يفتح الباب لاضطراب خطير في الأمن. لذلك نعتقد أن الزاني المحصن لا يهدر دمه إلا بصدور حكم قضائي واجب التنفيذ بتوقيع عقوبة الرجم عليه، ولا يختص بتنفيذ هذا الحكم غير عمال الدولة الذين خصتهم الدولة بذلك. فإذا وقع عقوبة الرجم شخص عادي لم يكن له أن يحتج بالإباحة، لعدم توافر شروطها في حقه، فيتعين عقابه باعتباره ارتكب جريمة قتل.

وقد ثار التساؤل كذلك عن حكم من قتل زانياً غير محصن فاجأه متلبساً بجريمته، مثال ذلك من فاجأ شخصاً متلبساً بالزنا بزوجته أو بإحدى قريباته، فقتله.

يرى جمهور الفقهاء إباحة هذا القتل، واعتبار الزاني مهدر الدم، على الرغم من أنه غير محصن، ولو كان قد حوكم، ما وقعت عليه غير عقوبة الجلد مائة جلدة. وحجة القائلين بهذا الرأي قضاء لأمير المؤمنين عمر رضي الله عنه: والواقعة التي صدر فيها قضاؤه مجملها أنه أقبل عليه رجل يعدو ومعه سيف ملطخ بالدم، وجاء في أثره جماعة من الناس، فقالوا إن هذا الشخص قتل صاحبنا حين وجده مع امرأته، فقال الرجل: لقد ضربت فخذي امرأتي بالسيف، فإن كان بينهما أحد فقد قتلته، وقال من كانوا في أثره: ضرب هذا الرجل بالسيف فقطع فخذي امرأته، وأصاب وسط الرجل فقطعه اثنين. فقال عمر رضي الله عنه لذلك الرجل: إن عادوا، فعد. وأباح له فعله، وأهدر دم الزاني القتيل. ولم يعترض أحد على هذا القضاء، فصار إجماعاً.

وقد اختلف الفقهاء في علة هذا القضاء:

فقال بعضهم إنها الاستفزاز، فمشاهدة شخص متلبساً بالزنا يفقد من شاهده سيطرته على نفسه، فيقدم بتأثير ثورة انفعاله على القتل. وبناء على هذا التعليل، فقد اشترطوا لإباحة قتل الزاني أن تكون المزني بها زوجة للقاتل أو قريبة له، وخاصة ذات رحم له، ذلك أن الاستفزاز الذي يبلغ درجة الدفع إلى القتل لا يتحقق إلا في هذا الفرض.

ولكن جمهور الفقهاء يعللون هذا القضاء بتغيير المنكر باليد، أي أنهم أدخلوه في نطاق الالتزام بالنهي عن المنكر باليد إذا توافرت شروطه. وبناء

على هذا التعليل، فلم يشترطوا في المزني بها أن تكون زوجة أو قريبة للقاتل، إذ ليس ذلك من شروط النهي عن المنكر[٣٤٨].

وعندنا أن تعليل هذا القضاء بالاستفزاز هو الأدنى إلى الصواب، والأقرب إلى طبائع الناس، فالشخص العادي لا يستفز في غير حالة الزنا بزوجته أو قريبته، وخاصة في الوقت الحاضر حيث لا يبالي أغلب الناس بما يمس غيرهم. وبالإضافة إلى ذلك، فقد رأينا – فيما تقدم – أن تغيير المنكر باليد يجب أن يكون من شأن السلطات العامة، حرصاً على استتباب الأمن في المجتمع، وضماناً لأن يكون تقدير صفة المنكر فيما يغير، ومدى اقتضاء تغييره فعل القتل، من شأن من يحسن ذلك.

٤٢٩– المحارب:

المحارب هو مرتكب جريمة الحرابة، أي جريمة قطع الطريق وهي جريمة يقوم ركنها المادي بفعل القتل أو السرقة في الطريق العام أو إخافة السبيل أي ترويع المارة في الطريق العام.

وقد ورد في شأن المحارب قول الله تعالى «إِنَّمَا جَزَاء الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الأَرْضِ فَسَاداً أَن يُقَتَّلُواْ أَوْ يُصَلَّبُواْ أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُم مِّنْ خِلافٍ أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ الأَرْضِ»[٣٤٩]. ويستخلص من هذه الآية الكريمة أن للحرابة عقوبات متعددة، هي: القتل، والصلب، وقطع الأيدي والأرجل من خلاف، والنفي من الأرض. ويثور التساؤل في تفسير هذه الآية حول ما إذا كانت هذه العقوبات مرتبة على قدر جسامة الحرابة، بحيث يكون لكل جريمة ذات جسامة معينة عقوبة محددة لا يصح تجاوزها، أم أن هذه العقوبات تعتبر مجموعة واحدة بحيث يختار منها ولي الأمر العقوبة التي يقدر ملاءمتها للجريمة في ظروفها الواقعية.

ويذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن هذه العقوبات مرتبة في جسامتها تبعاً لجسامة الجريمة، ويرون بناء على ذلك أن من قتل ولم يسلب مالاً قتل؛ ومن سلب المال ولم يقتل قطع من خلاف؛ ومن قتل

---

(٣٤٨) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ١٦٩؛ البحر الرائق جـ ٥ ص ٤٠؛ المغني جـ ١٠ ص ٣٥٣.

(٣٤٩) سورة المائدة، الآية رقم ٣٣.

وسلب مالاً قتل وصلب؛ ومن أخاف السبيل، ولم يقتل ولم يسلب نفي من الأرض[٣٥٠].

وتسقط هذه العقوبات بالتوبة قبل القدرة، وتعتبر التوبة بذلك «مانع عقاب»، وشرط اعتبارها كذلك أن تسبق القدرة على الجاني. ويفترض في التوبة أن تكون صحيحة، وفقاً للقواعد المقررة لصحة التوبة. وسند هذا الأثر للتوبة على عقوبات الحرابة هو قول الله تعالى «إِلاَّ الَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُواْ عَلَيْهِمْ فَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ»[٣٥١]، [٣٥٢].

وهذا الرأي هو الأدنى إلى الصواب لأنه إذا اختلفت جرائم الحرابة حسب جسامتها، وكانت العقوبات التي قررها الله تعالى لهذه الجريمة متفاوتة كذلك في جسامتها، فإن المنطق والعدالة، وهما سمتان للأحكام الشرعية تقتضيان أن تكون العقوبة على قدر جسامة الجريمة. وبالإضافة إلى ذلك، فإن من المصلحة تقييد سلطة ولي الأمر والقاضي، ضماناً للحقوق والحريات.

والحرابة من جرائم الحدود، والأصل في عقوبات الحدود عدم جواز تأخيرها دون مقتض من اعتبارات سلامة إجراءات التحقيق والمحاكمة.

والسؤال الذي تثيره عقوبات الحرابة هو بيان ما إذا كان يجوز لشخص عادي أن يتولى بنفسه، ودون سند من حكم قضائي وتكليف من ولي الأمر، توقيع هذه العقوبة على المحارب، على أن يعتبر ذلك أداء لواجب، فلا تقوم مسئولية عليه، لاستفادته من سبب إباحة هو "أداء الواجب". ويسع منفذ العقوبة كذلك أن يحتج بأن المحارب قد صار مهدر الدم أو مهدر العضو المتعين قطعه، ومن ثم لا جريمة أصلاً في فعله.

ذهب الفقهاء إلى ذلك.

ولكنا نلاحظ على هذا الرأي أن اعتبار شخص مرتكب جريمة الحرابة يقتضي التحقق من توافر جميع أركان هذه الجريمة في حقه، وانتفاء الأسباب التي من شأنها امتناع مسئوليته، وانتفاء مانع العقاب المتمثل في "التوبة السابقة

---

(٣٥٠) المغني جـ ١٠ ص ٣٠٤؛ بدائع الصنائع جـ ٣ ص ٩٣؛ أسنى المطالب جـ ٤ ص ١٤٢.

(٣٥١) سورة المائدة، الآية رقم ٣٤.

(٣٥٢) رأي مالك ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ٣٨٢.

على القدرة"، ولا يحسن التحقق من ذلك غير قاض له الإلمام بحقيقة الفعل الذي صدر عن المحارب وما اقترن به من ظروف، وله علم كاف بأحكام الشريعة من حيث تطبيقها على ذلك الفعل، واقتضائها العقوبة، وبديهي أن ذلك لا يتوافر لدى شخص عادي. وبالإضافة إلى ذلك، فإن تخويل الشخص العادي توقيع عقوبة الحرابة، قد يفضي إلى إخلال بالأمن في المجتمع، وقد ينحاز إلى المحارب بعض أنصاره يقاومون توقيع العقوبة عليه ويدعون أن ما صدر عنه لا تقوم به الحرابة، فيفضي ذلك إلى فتنة تعرض المجتمع لأشد المخاطر. لذلك نرى أن العقوبة، وهي توقع باسم الدولة، تقتصر سلطة توقيعها على من تكلفه الدولة بذلك، وتخوله بناء على ذلك الصفة في توقيعها.

وبناء على ذلك، نرى أن توقيع عقوبة الحرابة يقتضي صدور حكم قضائي بها، وتقتصر سلطة توقيعها على من تخوله الدولة ذلك. وهذا الرأي لا ينفي القول بأن المحارب مهدر الدم. ولكنه يتطلب التحقق من شروط إهدار دمه.

وهذا الرأي لا يحول بين الشخص العادي وبين "دفع الصائل" إزاء المحارب إذا توافرت شروطه.

٤٣٠- الباغي:

الباغي هو مرتكب جريمة البغي، وتقوم هذه الجريمة بالثورة ضد السلطات الحاكمة الشرعية، والعمل على إسقاطها، ويدخل في ذلك تعمد عصيان الأوامر الصادرة عنها في نطاق اختصاصها. وقد عرف بعض الفقهاء البغاة بأنهم "القوم الذين يخرجون على الإمام بتأويل سائغ، ولهم منعة وشوكة"، أو بأنهم "فرقة من المسلمين خالفت الإمام الأعظم أو نائبه لأخذ شيئين: إما لمنع حق وجب عليها من زكاة أو حكم عليها من أحكام الشريعة المتعلقة بالله أو بآدمي".[٣٥٣]

ولجريمة البغي أركانها، أهمها أن يكون البغاة متأولين، أي يستندون إلى دليل شرعي يبررون به لأنفسهم الثورة على السلطان، وقد يكون هذا الدليل ضعيفاً أو فاسداً. وأن يكونوا أصحاب شوكة، بعددهم ووسائلهم من أسلحة ووسائل قوة. وتفترض جريمة البغي في مادياتها ارتكاب أفعال عنف ضد

---

(٣٥٣) الشرح الكبير، لأحمد الدردير، جـ ١٠ ص ٤٩.

http://www.rafatosman.com/

السلطات وعمالها والمواطنين الخاضعين لها، وهذه الأفعال قد تكون قتلاً أو جرحاً أو إتلافاً وتخريباً للأموال. والباغي يهدر دمه، سواء من جانب عمال السلطات العامة الذين يسعون إلى إخماد الفتنة أو بالنسبة للمواطنين العاديين الذين يساندون السلطات في ذلك أو يدافعون عن أنفسهم وأموالهم في مواجهة عنف البغاة. وسند إهدار دم البغاة هو قول الله تعالى «وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِن فَاءتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ».[٣٥٤] والأمر بالقتال موجه إلى السلطات وإلى عامة المواطنين، وهو أمر على سبيل الوجوب، ومن ثم كان فرضاً. وبناء على ذلك كان الباغي مهدر الدم والمال، فمن قتله أو أتلف ماله كان له أن يستفيد من سبب إباحة.

ولكن يرد على هذه الإباحة قيد، محله أن تكون السلطات قد وضعت تنظيماً معيناً لمواجهة البغاة والتغلب عليهم، إذ تمثل قواعد هذا التنظيم حدوداً واردة على نطاق الإباحة، أو في تعبير أدق شروطاً للإباحة. فإذا لم تلتزم هذه الشروط لم يكن للإباحة محل.

وإهدار دم البغاة أجله أن تفيء الفئة الباغية إلى أمر الله، إذ يحل "الإصلاح والإقساط" – كما ورد في الآية الكريمة – محل القتال، وما يتفرع عنه من إهدار للدم، ومؤدى ذلك أن تعود حصانة الدم والمال إلى من كانوا من البغاة. ويترتب على ذلك أن كل فعل يرتكبه شخص – سواء كان فرداً عادياً أو أحد عمال السلطة العامة خلافاً لتعليماتها المترتبة على انتهاء التمرد – تقوم عنه المسئولية.

٤٣١ – المستحق عليه القصاص:

القصاص عقوبة شرعية، تعني إنزال أذى بالجاني يماثل الأذى الذي أنزله بالمجني عليه، فإن كان فعله قتلاً قتله به، وإن كان جرحاً أنزل به مثل ما أنزله بالمجني عليه. وسند القصاص هو قول الله تعالى « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأُنثَى بِالأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاء إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ

---

[٣٥٤] سورة الحجرات، الآية رقم ٩.

فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ. وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَاْ أُولِيْ الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ».[٣٥٥] وقوله عز وجل « وَلاَ تَقْتُلُواْ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللّهُ إِلاَّ بِالحَقِّ وَمَن قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً فَلاَ يُسْرِف فِّي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُوراً».[٣٥٦]

والشخص الذي استحق عليه القصاص مهدر الدم إذا كان القصاص قتلاً، ومهدر العضو الذي يستوجب القطع قصاصاً.

ولكن إهدار دم أو عضو من استحق عليه القصاص هو إهدار نسبي، في معنى أن استيفاء القصاص هو لولي الدم وحده، فإذا استوفى القصاص شخص سواه لم يكن له أن يحتج بإباحة فعله. وتطبيقاً لذلك، فإنه إذا قتل شخص، فقتل القاتلَ شخصٌ غير ولي الدم كان فعله غير مباح واستحق القصاص عليه؛ وكذلك الحكم إذا قطع شخص عضواً في جسم آخر، كان قطع عضو مماثل في جسم الجاني قصاصاً، للمجني عليه أو وليه. وعلة نسبية القصاص أن علة تشريعه أن يكون شفاء لنفس المجني عليه أو ولي دمه، فيهذب شهوة الانتقام، ويصرفه عن الانتقام في صورة بدائية، على نحو ما كان جارياً في الجاهلية. ولا تتحقق هذه العلة إلا إذا كان استيفاء القصاص للمجني عليه أو ولي دمه.

وتنفيذ القصاص مشروط بسبق صدور حكم قضائي يقرر القصاص، ذلك أن القصاص لا يستحق إلا إذا ثبت ارتكاب جناية القتل أو الجرح، أي ثبت توافر أركانها وانتفاء موانع القصاص، ولا يحسن أن يقرر ذلك غير قاض. وبناء على ذلك، فإذا استوفى ولي الدم القصاص دون انتظار صدور حكم قضائي يقرره، لم يكن له أن يحتج بالإباحة.

ويتقيد تنفيذ القصاص، بألا يكون قد صدر عفو عن الجاني ممن يملكه، إذ العفو ممن يملكه مسقط للقصاص. والعفو إذا صدر كان نهائياً لا يجوز الرجوع فيه ما لم يكن معلقاً على شرط جائز فلم يتحقق هذا الشرط. فإذا عفا ولي الدم عن القاتل لم يكن له أن يرجع عن عفوه ويقتص من القاتل. وإذا كان العفو نظير مال، ولم يؤد المال جاز تنفيذ القصاص.

---

[١] سورة البقرة، الآيتان ١٧٨ ، ١٧٩.

[٢] سورة الإسراء، الآية رقم ٣٣.

ويثور التساؤل عما إذا كان يجوز لولي الدم تنفيذ القصاص بنفسه، إذا أجيز ذلك كان لمنفذ القصاص أن يحتج بسبب إباحة، مضمونه أنه أهدر دماً أو عضواً مهدراً من قبل.

يفرق الفقهاء بين القصاص قتلاً والقصاص قطعاً لعضو:

فإذا كان القصاص قتلاً جاز لولي الدم أن يتولى القصاص بنفسه، ولكنه يفعل ذلك تحت إشراف السلطة العامة التي تتحقق من توافر شروط القصاص وأخصها صدور الحكم به، وعدم سبق العفو عنه. وتتحقق كذلك من كفاءته للتنفيذ، وخاصة قتل من استحق عليه القصاص دون إنزال أذى به لا يقتضيه إزهاق روحه. وإذا قام الاحتمال الغالب على عدم كفاءته للتنفيذ، وفق القواعد الشرعية، كلفت السلطات شخصاً ذا كفاءة يحل محله.

أما إذا كان القصاص بقطع عضو، فالأصل أن للمجني عليه أو وليه أن يقطع عضواً في جسم الجاني يماثل العضو الذي أتلفه في جسم المجني عليه. ويتقيد حقه بما يتقيد به القصاص قتلاً، وأهم ما يتقيد به صدور الحكم القضائي، وعدم سبق العفو عن القصاص. ويتقيد كذلك باشتراط المماثلة بين العضو الذي قطع في الجناية والعضو الذي يقطع قصاصاً. ولكن الغالب صعوبة هذه المماثلة، بل واستحالتها؛ بالإضافة إلى خشية الحيف في التنفيذ انتقاماً، أو عدم قدرة. فإذا قام هذا الاحتمال كان للسلطات العامة أن تمنعه وتكلف آخر مكانه. وإذا كان في غير الاستطاعة مطلقاً – ولو بالنسبة لخبير بالتنفيذ – إنزال القصاص على وجهه الصحيح، عدل القصاص إلى الدية، وعلة ذلك أن استحالة المماثلة تعني تجاوز القصاص حدوده المقررة، وذلك غير جائز.

ونرى أنه – في الوقت الحاضر – يندر أن يكون ولي الدم قادراً على التنفيذ بشروطه الشرعية، بالإضافة إلى الاحتمال الغالب في الحيف انتقاماً أو جهلاً، فمن الجائز أن تعين السلطات العامة شخصاً مدرباً على التنفيذ وفق القواعد الشرعية ويختص بذلك دون ولي الدم أو القطع. وتعتبر هذا الشخص نائباً شرعياً عن المجني عليه أو وليه في تنفيذ القصاص. ونرى أن هذا التنظيم لا يعارض نصاً أو مصلحة، بل إن المصلحة في حسن التنفيذ تسانده. وإذا مات من وجب عليه القصاص في أحد أعضائه، وكان ذلك دون خطأ من المنفذ، فلا مسئولية عليه؛ أما إذا ثبت خطؤه سئل مسئولية غير عمدية، ووجبت عليه الدية.

ويرى الإمام أبو حنيفة أنه يسأل عن قتل شبه عمد لاستيفائه أكثر من حقه. ويرى الإمامان الشافعي وأحمد عدم مسئوليته إطلاقاً لحدوث الموت نتيجة فعل مباح، وما أفضى إليه المباح فهو كذلك، ويرى ذلك الإمامان أبو يوسف ومحمد. ويرد على رأي الأمام أبي حنيفة أنه افترض الخطأ في جميع الحالات، في حين أن الإمامين الشافعي وأحمد افترضا أنه طالما كان الفعل مباحاً فإن تنفيذه يكون بالضرورة مباحاً[٣٥٧].

المبحث السابع

رضاء المجني عليه

٤٣٢- الأصل العام أن رضاء المجني عليه بارتكاب الفعل الذي تقوم به الجريمة ليس سبب إباحة للفعل:

الأصل العام أن رضاء المجني عليه بارتكاب الفعل الذي ينال بالاعتداء حقاً له يحميه الشارع الحكيم ليس سبباً لإباحة ذلك الاعتداء، وعلة ذلك أن الشارع يحمي بالعقوبة حقاً ذا أهمية اجتماعية، أي حقاً للمجتمع كله، بجميع أفراده، وجميع مقوماته، ومن ثم لم يكن لفرد – ولو كان صاحب الحق – صفة في التنازل عن ذلك الحق، وإباحته للاعتداء.

وبناء على ذلك، كان الزنا معاقباً عليه، ولو ارتكب برضاء متبادل بين طرفيه، فالرجل الذي يزني بامرأة برضائها يعاقب كما لو كان قد اغتصبها، ويطبق هذا الأصل على اللواط والسحاق، ويسرى كذلك على الأفعال الماسة بالحياء دون الصلة الجنسية. ومن يقتل أو يجرح شخصاً برضائه، بل وبناء على طلبه، يستحق العقوبة.

٤٣٣- جرائم لا تثور فيها مشكلة دور رضاء المجني عليه في إباحة الفعل:

بعض الجرائم لا يوجد فيها مجني عليه من الأفراد[٣٥٨]، إذ الجريمة وقعت

وقعت

---

[٣٥٧] المغني جـ ٩ ص ٤٤٣؛ المهذب جـ ٢ ص ٢٠٠؛ تحفة المحتاج جـ ٤ ص ٢٨؛ بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٣٠٥.

[٣٥٨] الإمام أبو زهرة ص ٨٤.

مباشرة اعتداء على المجتمع الإسلامي، دون أن يسبق هذا الاعتداء اعتداء على فرد معين. وابرز أمثلة لذلك جرائم الحرابة والبغي وشرب الخمر، فهي اعتداء مباشر على حق المجتمع في الأمن الداخلي أو حقه في استقرار نظامه السياسي. وحين يجرم التشريع الوضعي الإسلامي الرشوة أو الاعتداء على المال العام أو تزييف النقود، فلا دور للرضاء بين أركان هذه الجرائم أو شروط العقاب عليها، إذ لا وجود لمجني عليه من الأفراد يمكن القول بأن لرضائه صفة في إباحة هذه الجرائم أو امتناع عقابها، وعلى سبيل المثال لا يمكن القول بأن رئيس المصلحة التي يتبعها الموظف المرتشي يكون لرضائه دور في نفي أحد أركان الرشوة أو في منع عقابها. وهذه القاعدة تصدق على جميع الجرائم التي تقع اعتداء مباشراً على حق المجتمع.

٤٣٤- جرائم يُعَدُّ رضاء المجني عليه سبباً لإباحتها:

على خلاف الأصل السابق، فإن بعض الجرائم ينال بالاعتداء حقاً يرخص الشارع لصاحبه التصرف فيه ونقله إلى غيره، فإذا كانت له هذه السلطة، فإن رضاءه بأن يمس غيره بحقه هو تصرف صحيح من ذي سلطة تخوله ذلك، ومن ثم لا تقوم به جريمة. ولتوضيح ذلك نشير إلى جرائم إتلاف المال أو قتل الحيوان، فالأفعال التي تقوم بها هذه الجرائم لا تعد غير مشروعة باعتبارها اعتداء على الملكية إلا إذا ارتكبت بغير رضاء المالك، أما إذا ارتكبها المالك نفسه أو ارتكبها الغير برضائه، فهي نوع من التصرف في الحق، ولا تقوم بها جريمة، فالفعل يتحول من اعتداء على الملكية حينما ينعدم الرضاء إلى تصرف في الشيء محل الحق إذا توافر الرضاء. وعلى سبيل المثال، فإذا كان شخص يملك حيواناً، كبقرة، وذبحه شخص رغماً عنه قامت بفعله جريمة، باعتبار ذلك الفعل اعتداء على ملكيته، أما إذا ذبحه مالكه أو رخص لشخص سواه بذبحه، فلا تقوم بذلك جريمة، لزوال معنى الاعتداء على الملكية بصدور الفعل من المالك أو من غيره باعتباره نائباً عنه، ومن ثم يتصرف باسمه كما لو كان هو المالك، فالفعل تحول من اعتداء على الملكية إلى استعمال للملكية.

وحصر الجرائم التي يبيحها الرضاء على هذا النحو يقتضي تحديد الحق المعتدى عليه في كل منها واستخلاص الأحكام التي يخضع لها، والقول بعد ذلك بما إذا كان الشارع يخول شخصاً سلطة التصرف فيه ونقله إلى غيره أم لا يخوله ذلك.

٤٣٥- تجريم الانتحار:

تجرم الشريعة الإسلامية الانتحار، لأن قتل الشخص نفسه هو اعتداء على حق للمجتمع الإسلامي الذي يعنيه أن يحتفظ أفراده بحياتهم حتى يكون له العدد الكافي من المواطنين الذين يقيمون كيانه، ويدافعون عنه ضد أعدائه، ويباشرون أوجه النشاط التي يقتضيها ازدهاره ورخاؤه.

وسند تجريم الانتحار هو قول الله تعالى: «وَلاَ تَقْتُلُواْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيماً»[٣٥٩]، وقوله سبحانه « وَلاَ تُلْقُواْ بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ»[٣٦٠]. وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من قتل نفسه بحديدة، فحديدته في يده يتوجأ بها في بطنه في نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبداً، ومن قتل نفسه بسم، فسمه في يده يتحساه في نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبداً، ومن تردى من جبل فقتل نفسه، فهو متردٍ في نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبداً».

وغني عن البيان أنه إذا مات المنتحر، فلا وجه للتفكير في عقابه، ولكن أهمية تجريم الانتحار هي العقاب على الشروع فيه، أي إذا فشل المنتحر في قتل نفسه. والعقاب كذلك على الاشتراك في الانتحار، فمن حرض شخصاً على الانتحار أو ساعده عليه، بأن أعطاه تعليمات لتنفيذه أو أمده بوسيلته، عوقب على اشتراكه.

٤٣٦- تجريم القتل بالرضاء:

يرتبط بتجريم الانتحار تجريم القتل بالرضاء، سواء اتخذ الرضاء الإذن به أو الأمر به. ويترتب على تجريم القتل بالرضاء تجريم المبارزة. وسند ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم "إذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول في النار. قالوا يا رسول الله هذا القاتل فما شأن المقتول، قال صلى الله عليه وسلم: لأنه كان حريصاً على قتل صاحبه".

وإذا كان القتل بالرضاء مجرماً، لأن الرضاء لا يصلح سبباً لإباحة القتل، فإن التساؤل يثور حول العقوبة التي توقع على القاتل. يقضي المنطق الشرعي أن توقع عليه ذات العقوبة المقدرة للقتل دون الرضاء، وهي القصاص. وقد فصل هذا الرأي الإمام الكاساني في قوله "أن الأمر بالقتل لم يقدح بالعصمة، لأن عصمة النفس مما لا يحتمل الإباحة بحال من الأحوال، ألا ترى أنه يأثم بالقول،

---

(٣٥٩) سورة النساء، الآية رقم ٢٩.

(٢) سورة البقرة، الآية رقم ١٩٥.

فكان الأمر ملحقاً بالعدم، فأساس هذا القول أن الأمر ملغي، وإذا كان ملغي فلا عبرة به. والذين منعوا القصاص اعتبروا الإذن مع أنه في حكم الملغي شبهة يسقط القصاص. والذين اسقطوا الأمرين اعتبروا الإذن مسقطاً للعقوبة كلها لأن القصاص يسقط بالشبهة، والآخر يسقط بذات الإذن، لأن الدية تورث، وهي تثبت أولاً للمجني عليه ثم تنقل إلى ورثته" وهذا الرأي هو رأي الإمام مالك رضي الله عنه، وهو رأي الإمام زفر وأحد القولين في مذهب الإمام الشافعي[٣٦١].

٤٣٧- تأثير الرضاء على بعض أركان الجريمة:

بعض الجرائم يفترض ركنها المادي انعدام الرضاء، بحيث يعتبر أحد عناصر هذا الركن. ومؤدى ذلك أنه إذا توافر الرضاء بالفعل، فقد انتفى الركن المادي. ومثال هذه الجرائم السرقة: فالأخذ ركنها المادي، ولا يتصور ارتكابه إلا إذا كان المجني عليه غير راض عن خروج الشيء من حيازته ودخوله في حيازة الجاني، أما إذا رضي بذلك فلا أخذ، ولا سرقة. وبالإضافة إلى ذلك، فإن رضاء المجني عليه شبهة، قوامها الاحتمال الغالب في أن هذا الرضاء تمليك لرقبة الشيء أو منفعته، ولا تقع السرقة من مالك أو صاحب حق في منفعة الشيء. وهذه القاعدة تسري كذلك على الخطف، والقبض على الأشخاص، وانتهاك حرمة ملك الغير. فلا يقال في اللغة أو في حكمة التشريع أن شخصاً قد خطف آخر إذا كان قد رضي أن يسير معه إلى مكان ما. ولا يقال كذلك عن شخص حصل على رضاء آخر بأن يبقيه في مكان معين وترك له الحرية في أن يغادره حينما يشاء أنه قد قبض عليه. ولا يقال عن شخص دخل أو بقى في مكان برضاء من يملكه أو يحوزه، أنه قد انتهك حرمة ملك غيره أو اعتدى على حيازة غيره.

وهذا التأثير للرضاء على كيان الجريمة واستحقاق العقوبة، لا يرجع إلى اعتبار الرضاء سبباً لإباحتها، وإنما يرجع إلى ما ترتب عليه بالضرورة من انتفاء أحد أركان الجريمة.

٤٣٨- مدى تأثير العفو على العقوبة:

---

[٣٦١] الإمام أبو زهرة ص ٤٧٤.

يختلف العفو عن الرضاء من وجهين: أولهما، أن العفو يكون لاحقاً على ارتكاب الجريمة واستيفائها أركانها واستحقاق عقوبتها، ولذلك لم يكن له تأثير على الوصف الإجرامي للفعل، فهو ليس سبب إباحة، وليس من شأنه نفي أحد أركان الجريمة؛ وإنما ينصرف تأثيره إلى العقوبة، فيكون سبباً لانقضائها. وثانيهما، أن العفو ينصرف إلى شخص الجاني، فهو عفو عنه، أما الرضاء فينصرف – على ما تقدم – إلى الفعل من حيث تكييفه، أو أركان الجريمة التي يقوم بها.

وبناء على ذلك، يمكن وصف العفو بأنه سبب لعدم قبول الدعوى أو أنه سبب لانقضاء العقوبة.

ونرى أن نميز في تحديد تأثير العفو بين الحدود، والقصاص، والتعزير.

٤٣٩- تأثير العفو على الحدود:

الحدود جميعاً متصلة بحقوق الله تعالى، ومعنى اتصالها بحقوق الله أنها تتصل بمصلحة الجماعة. ولكن الحدود تختلف مع ذلك فيما بينها من حيث مدى اتصالها بحق الله تعالى: فبعضها حق خالص لله تعالى، وبعضها حق لله وحق للعبد كذلك. فالحدود التي هي حق لله تعالى هي – في أرجح الآراء – الزنا والشرب والردة وقطع الطريق. أما الحدود التي هي حق لله والعبد فهي السرقة والقذف.

فإذا كانت الحدود جميعاً حق لله تعالى، فإن مؤدى ذلك بالضرورة أن العفو لا يحول دون إقامة الدعوى، ولا يحول دون توقيع الحد. وفي ذلك يقول الإمام الكاساني "إن الحدود وجبت للمصالح العامة، وهي دفع فساد يرجع إليهم، ويقع حصول الصيانة لهم، فحد الزنا وجب لصيانة الأبضاع عن التعرض، وحد السرقة وقطع الطريق وجب لصيانة الأنفس والأموال والأبضاع في الحقيقة بصيانة العقول عن الزوال والاستتار بالسكر". وكل جناية يرجع فسادها إلى العامة، ومنفعة جزائها إلى العامة يكون الجزاء الواجب فيها حق الله تعالى عز شأنه على الخلوص، تأكيداً للنفع والدفع كيلاً يسقط بإسقاط العبد، وهو معنى نسبة هذه الحقوق إلى الله تبارك.

وهذا الأصل مطلق بالنسبة للحدود التي هي حق لله تعالى، وهي – على ما قدمنا – الزنا والشرب والردة وقطع الطريق. ولكن تطبيقه يدق بالنسبة للحدود التي يجتمع فيها حق الله وحق العبد، وهما حدا السرقة والقذف.

٤٤٠- تأثير العفو على حد السرقة:

إذا صدر عفو المجني عليه بعد المطالبة به، أي بعد انعقاد الخصومة، فلا تأثير للعفو على حد السرقة. ومن باب أولى، فإنه لا تأثير للعفو إذا صدر بعد حكم القاضي بالحد. وسند هذه القاعدة ما رواه ابن صفوان عن أبيه أنه نام في المسجد، وتوسد رداءه، فأخذ من تحت رأسه، فجاء بسارقه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأمر به الرسول أن يقطع، فقال صفوان: يا رسول الله لم أرد هذا، ردائي صدقة عليه، فقال صلى الله عليه وسلم "فهلا قبل أن تأتيني".

ومفاد هذا القضاء أنه إذا صدر العفو بعد المطالبة وانعقاد الخصومة، فلا تأثير له على استحقاق العقوبة، ويستخلص من ذلك – بمفهوم المخالفة – أنه إذا صدر العفو قبل المطالبة وانعقاد الخصومة أسقط العقوبة. ويجوز أن يتخذ العفو صورة تمليك السارق المال الذي سرقه، أو الإقرار له بملكية هذا المال، ويعتبر العفو في هذا الفرض عفواً ضمنياً. وقد أوضح هذا الحكم الإمام ابن قدامة، فقال "إن السارق إذا ملك العين المسروقة بهبة أو بيع أو غيرهما من أسباب الملك لم يخل من أن يملكها قبل رفعه إلى الحاكم والمطالبة بها عنده أو بعد ذلك: فإن ملكها قبله لم يجب القطع لأن من شروطه المطالبة بالمسروق، وبعد زوال ملكه له لا تصح المطالبة. وإن ملكها بعده لم يسقط القطع". وقد قال بهذا الرأي الإمامان مالك والشافعي. وذهب رأي آخر إلى سقوط العقوبة ولو كان التمليك بعد رفع الأمر إلى الحاكم، واحتج لذلك أن المطالبة شرط، والشروط يتعين دوامها، فإذا تملك السارق المال لم تعد له المطالبة، مما يعني أنه لا وجود في الحقيقة لمطالب بالخصومة. والرأي الأول أرجح في تقديرنا لأنه المتفق مع قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولأن العبرة في توافر شروط قبول الدعوى هي بلحظة الإدعاء، أي المطالبة لدى الحاكم، فإذا لم يكن عفو وقت الادعاء، كانت الدعوى مقبولة؛ ولأن التمليك بعد الادعاء نوع من الشفاعة في الحدود، بعد بلوغ الأمر إلى القضاء، وهي غير جائزة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم عندما كلمه أسامة بن زيد في شأن المرأة المخزومية التي سرقت «أتشفع في حد من حدود الله يا أسامة؟!» ثم قام فخطب، قال «يا أيها الناس إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق الضعيف أقاموا عليه الحد، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها».

ونرى أنه إذا كان التمليك بعد المطالبة لا يسقط العقوبة، فإن الإقرار بملكية السارق للمال منذ وقت سابق على السرقة يزيل أحد أركان السرقة، وهو

ملكية المال لغير السارق. ويفترض صدق إقرار المسروق منه – طالما لم يثبت بدليل كذبه – إذ الأصل فيه الصدق.

٤٤١ – تأثير العفو على حد القذف:

حد القذف هو حق لله تعالى وللعبد، وحق العبد فيه غالب باعتبار الجريمة تضمنت الاعتداء على شرفه. ونتيجة لذلك كانت المطالبة شرطاً لتوقيع الحد.

واستناداً إلى تعلق الحد بحقوق الله تعالى، فإنه لا يجوز العفو عنه بعد الحكم به، أما قبل ذلك فالعفو جائز، إذ هو يمنع المطالبة، وهي شرط توقيع الحد. وقال فقهاء الحنفية بعدم جواز العفو قبل الحكم، لأنه نوع من الرشوة لا تجوز. وقد عبر عن هذا الرأي الإمام الكاساني بقوله "وهذا المعنى، أي تعلق الحد بحقوق الله تعالى موجود في حد القذف، لأن مصلحة الصيانة ودفع الفساد تحصل للعامة بإقامة هذا الحد فكان حق الله تعالى عز شأنه على الخلوص كسائر الحدود، إلا أن الشرع شرط فيه الدعوى من المقذوف، وهذا لا ينفي كونه حقاً لله عز شأنه على الخلوص كحد السرقة، لا ينفي أنه خالص حق الله تعالى عز شأنه اشتراط الدعوى فيه، ولأن المقذوف يطالب القاذف ظاهراً وغالباً دفعاً للعار عن نفسه، فيحصل ما هو المقصود من شرع الحد".

ومجمل هذا الرأي أن القذف حق لله تعالى، كما هو حق للعبد، وأن اشتراط مطالبة المقذوف بالحد لا ينفي تعلقه بحق الله تعالى. ويخلص هذا الرأي إلى جواز العفو قبل الحكم، طالما أن العفو لم يكن نظير مال لقيام شبهة الرشوة في العفو بمقابل؛ ويخلص هذا الرأي كذلك إلى عدم جواز العفو بعد الحكم.

وذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه إلى جواز العفو قبل الحكم وبعده، واحتج لذلك بأن حد القذف يتعلق به حق الله تعالى وحق العبد، وحق العبد غالب. وبناء على ذلك، كان له القول بتوقيع الحد، واستند كذلك إلى اشتراط الدعوى لتوقيع الحد، وهو ما لا محل له إذا كان الحد حقاً لله تعالى، واحتج بأن القذف اعتداء على جزء من نفس المقذوف، والاعتداء على نفسه كلها بقتل عمد أو غير عمد يجوز فيه العفو، أي العفو عن القصاص أو الدية، فإذا كان الاعتداء على كل النفس يقبل العفو، فإن الاعتداء على بعض النفس يقبل العفو من باب أولى.

ونحن نرى ترجيح رأي الحنفية فالعفو قبل الحكم جائز إطلاقاً ولو كان مقابل مال – وهذا تحفظ نورده على هذا الرأي – أما العفو بعد القضاء فغير جائز.

وحجتنا في هذا الترجيح أن طبيعة الحق المعتدى عليه، وكون الاعتداء يمس شرف المجني عليه، ويؤذي شعوره بكرامته، اقتضت أن يكون له القول في صورة المطالبة بما إذا كان توقيع الحد متعيناً، وهذا جانب تعلق الحد بحق العبد. فإذا أبلغ الأمر القضاء صار الحق خالصاً لله وحده، وامتنع أن يكون للعفو محل. ونرى أنه لا محل لحظر العفو نظير مال قبل القضاء لمظنة الرشوة، فهذه المظنة ليست غالبة، والأغلب أنه يحصل على المال لجبر ما ناله من ألم نفسي، ولا تبنى الأحكام على مظنة غير غالبة.

٤٤٢- تأثير العفو على القصاص:

القصاص عقوبة مقدرة شرعاً، وهي حق لله تعالى وللعبد، وحق العبد غالب.

وقد وردت في شأن القصاص آيات عديدة في القرآن الكريم، فيقول تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأُنثَى بِالأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاء إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ. وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَاْ أُولِيْ الأَلْبَابِ»(٣٦٢) وقوله سبحانه «وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالأَنفَ بِالأَنفِ وَالأُذُنَ بِالأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أنزَلَ اللّهُ فَأُوْلَـئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ»(٣٦٣). وقوله عز وجل «فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُواْ اللّهَ وَاعْلَمُواْ أَنَّ اللّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ»(٣٦٤).

ويتضح تعلق القصاص بحق الله تعالى في قوله سبحانه «مَن قَتَلَ نَفْساً بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعاً وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعاً»(٣٦٥)، وقوله جل شأنه «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَاْ أُولِيْ الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ»(٣٦٦)، وعلة تعلق القصاص بحق الله تعالى أن الجريمة المستوجبة له تخل بالأمن في المجتمع على وجه خطير، فإذا لم يوقع من أجلها عقاب رادع سعى المجني عليه أو أهله إلى الأخذ بالثأر من الجاني وأهله، مما يعني تبادل الاعتداء بين الفريقين واضطراب الأمن في المجتمع. وبالإضافة إلى ذلك فالجريمة المستوجبة للقصاص تضر بالمجتمع لأنها تحرمه من أحد أبنائه إذا

---

(٣٦٢) سورة البقرة الآيتان ١٧٨ ، ١٧٩.

(٣٦٣) سورة المائدة الآية رقم ٤٥.

(٣٦٤) سورة البقرة الآية رقم ١٩٤.

(٣٦٥) سورة المائدة الآية رقم ٣٢.

(٣٦٦) سورة البقرة الآية رقم ١٧٩.

كانت قتلاً أو تجعله مشوه الأعضاء أو الحواس، الأمر الذي يقلل نفعه للمجتمع.

والقصاص يقرر كذلك حقاً للعبد، باعتبار أن الجريمة أهدرت حقاً له، وهي تولد في نفسه حقداً وغيظاً، ومن حقه أن ترضى نفسه بما يزيل ما فيها من حقد وغيظ.

وتعلق حق العبد بالقصاص هو الذي يفسر أن توقيعه لا يكون إلا بناء على مطالبة المجني عليه به، ووجوب إصراره عليه حتى ينفذ القصاص. وبناء على ذلك كان له العفو عن القصاص صراحة كقوله «عفوت» أو أي لفظ آخر يفيد هذا المعنى أو ضمناً بعدم طلبه أو تنازله عن طلبه.

والعفو له صورتان: إما أن يكون مطلقاً، وإما أن يكون نظير مال يؤديه الجاني إلى ولي الأمر. ومقابل العفو أشار إليه الله تعالى في قوله سبحانه «وَأَدَاء إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ»[٣٦٧]، أي أداء مقابل العفو بنفس راضية.

والسند الشرعي للعفو عن القصاص هو قول الله تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأُنثَى بِالأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاء إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ»[٣٦٨]. وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم "ما زاد عبد بعفو إلا عزا". وقد روي أنس بن مالك أنه "ما رفع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر فيه قصاص إلا طلب فيه العفو".

وعلة اعتبار العفو مانعاً من توقيع القصاص أن علة القصاص هي شفاء نفس المجني عليه، فإذا عفا عن الجاني كان مدلول ذلك أن نفسه قد شفيت دون حاجة إلى إنزال القصاص، فيفقد بذلك علة توقيعه.

بل إن الله سبحانه وتعالى قد رغب المجني عليه في العفو، فوصف المجني عليه الذي يعفو بأنه أخ للجاني في قوله عز وجل «فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ» وأمر الجاني بناء على ذلك أن يتبع حصوله على العفو «الْمَعْرُوفِ»، وأن يؤدي إليه بإحسان المقابل الذي كان العفو نظيره.

ويصف الله تعالى العفو بأنه "تَخْفِيفٌ وَرَحْمَةٌ": هو تخفيف عن الجاني رحمة به لإسقاط أذى القصاص عنه، وهو كذلك تخفيف عن المجتمع ورحمة به لأن العفو يعيد صلات المودة بين الجاني وأهله من ناحـــية والمجني عليه وأهله

---

(٣٦٧)، (٢) سورة البقرة الآية رقم ١٧٨.

من ناحية أخرى، في حين أن تنفيذ القصاص يغلب أن يخلف آثاراً في النفوس.

وبناء على ذلك، فإن لولي الدم أن يعفو عن القصاص، وهذا العفو جائز في أي وقت بعد ارتكاب الجريمة، وفي تعبير آخر فهو جائز حتى لحظة تنفيذ القصاص.

والعفو مُلزم لولي الدم، فإذا عفا فليس له العدول عنه. ويترتب على ذلك أنه إذا نفذ القصاص بعد العفو، سواء نفذه ولي الدم أو شخص آخر (ممثل السلطة العامة الذي عهد إليه ولي الأمر بتنفيذ القصاص) كان الفعل غير مشروع، ووجب القصاص على مرتكبه.

وإذا كان العفو يسقط القصاص، فهو لا يسقط العقوبة إطلاقاً: فلولي الأمر أي السلطات العامة، أن يقرر توقيع عقوبة تعزيرية على الجاني. ويُعد ذلك نتيجة لتعلق القصاص بحق الله تعالى، بالإضافة إلى تعلقه بحق العبد. ولولي الأمر هذه السلطة، سواء كان العفو مطلقاً أو كان مقابل مال.

٤٤٣- تأثير العفو على الدية:

الدية هي مال يؤديه الجاني أو عائلته إلى المجني عليه أو أوليائه. والسند الشرعي لعقوبة الدية هو قول الله تعالى «وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِناً إِلاَّ خَطَئاً وَمَن قَتَلَ مُؤْمِناً خَطَئاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلاَّ أَن يَصَّدَّقُواْ»[٣٦٩]. وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم "ألا إن في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل».

ومجال الدية جرائم الدم غير العمدية، فيدخل في ذلك القتل غير العمد والقتل شبه العمد والإصابة الخطأ. ومجال الدية كذلك جرائم الدم العمدية إذا امتنع توقيع القصاص، كما لو عفا المجني عليه عن الجاني نظير الدية، أو كان الجاني غير أهل للتكليف، كما لو كان صغيراً أو مجنوناً، أو استحالت المماثلة بين أذى الجريمة والقصاص، أو كان يخشى أن يترتب على المماثلة إذا كانت ممكنة تلف نفس الجاني، إذ لا يجوز أن يتخذ القصاص صورة القتل إذا كانت الجريمة جناية على ما دون النفس، مثال ذلك أن تحدث الجريمة شللاً في يد المجني عليه أو أن يترتب عليها كسر ضلع في صدر المجني عليه. فمن العسير في المثال الأول بل من المستحيل إحداث شلل في يد الجاني قصاصاً، وفي المثال الثاني يخشى أن يترتب على كسر ضلع في صدر المجني عليه قصاصاً أن يموت.

---

(٣٦٩) سورة النساء الآية رقم ٩٢.

والدية عقوبة مالية، وقد حدد الشارع مقدارها على نحو ملزم للجاني والمجني عليه. وتؤول حصيلة الدية إلى المجني عليه أو أوليائه.

وقد قرر الشارع بالإضافة إلى الدية، كفارة، هي "تحرير رقبة مؤمنة"[٣٧٠].

والدية عقوبة يتعلق بها حق الله تعالى وحق العبد، وحق العبد غالب ويستخلص تعلق الدية بحق الله تعالى أنه أضاف إليها كفارة، وأنه حدد مقدارها على نحو ملزم، وأنه أجاز أن يوقع ولي الأمر، أي السلطات العامة، إلى جانبها عقوبة تعزيرية، إذا قدر عدم كفايتها، وهدف بذلك أن يقابل أثر الدية والعقوبة التعزيرية معاً الأثر الذي كان يرتبه القصاص.

ويترتب على تعلق الدية بحق العبد – المجني عليه – كذلك أن حصيلتها تؤول إليه، وأن الحكم بها يقتضي المطالبة بها، وأنه يتعين المطالبة بها، وأن العفو عنها جائز. وسند جواز العفو عن الدية هو قوله تعالى «إِلاَّ أَن يَصَّدَّقُواْ»، أي يتصدقوا بمبلغ الدية على الجاني أو عائلته إذا قدروا ملاءمة ذلك لاستعادة علاقة الود معهم.

والعفو عن الدية يخضع لذات القواعد التي يخضع لها العفو عن القصاص لاتحاد علته في الحالين: فقد يكون صريحاً أو ضمنياً، ويجوز في أية حالة كانت عليها إجراءات الخصومة، فيجوز حتى لحظة سدادها.

٤٤٤– تأثير العفو على عقوبات التعزير:

عقوبات التعزير هي عقوبات من أجل جرائم لا تعتبر من جرائم الحدود أو القصاص أو الدية، وأمر تقرير عقوبات التعزير وتحديد مقدارها هو لولي الأمر، أي السلطات العامة في المجتمع الإسلامي، بناء على تفويض من الشارع الحكيم. فإذا قدر ولي الأمر ملاءمة تجريم فعل لم يجرمه الشارع باعتباره إحدى جرائم الحدود أو القصاص أو الدية، لأن مصلحة المجتمع تقتضي تجريمه، وفقاً لسياسة معينة تقتضيه، كان له أن يفعل ذلك.

---

[١] إن علة تقرير الكفارة، كعقوبة إضافية – أنها بمثابة تعويض للمجتمع الإسلامي عن فقده أحد أعضائه الذي قتل خطأ، فكان تحرير رقيق مسلم بمثابة إضافة فرد جديد إلى المجتمع الإسلامي، باعتبار أن المسلم الحر أجدى للمجتمع من المسلم الرقيق.

وتجريم أفعال باعتبارها جرائم تعزير وتقرير عقوبات تعزيرية لها يخضع للأصل العام الذي يقرر أن التجريم هو لحماية مصلحة المجتمع عامة، أي حماية حقوق هامة للمجتمع، إذ لولا هذه الأهمية ما اقتضى الأمر أن تكون حمايتها عن طريق الجزاء الجنائي، وهو بطبيعته جزاء مغلظ بالقياس إلى سائر الجزاءات الشرعية.

والنتيجة المترتبة على ذلك أن العفو لا يجوز أن يكون سبباً لامتناع العقاب من أجل الجريمة التعزيرية: ذلك أن المجني عليه، وهو يقرر العفو ليست له صفة في النزول عن حق للمجتمع، إذ ليست له صفة تمثيل المجتمع في النزول عن حق له. يستوي في ذلك أن يصدر العفو قبل بلوغ الأمر للسلطات العامة أو أن يصدر بعد علمها وبدئها في اتخاذ إجراءاتها؛ ويستوي كذلك أن يصدر العفو قبل الحكم بالعقوبة، أو بعد صدوره وحيازته الصفة الباتة.

وتخضع جرائم التعزير – من هذه الوجهة – لذات الأحكام التي تخضع لها جرائم الحدود. وهي ذات الأحكام التي تقررها التشريعات الوضعية المعاصرة للجرائم عامة.

ويجوز مع ذلك للشارع الوضعي الإسلامي أن يقرر بالنسبة لبعض الجرائم التعزيرية الخروج على هذا الأصل إذا قدر أن اعتبارات من السياسة الجنائية تقتضي ذلك: فيجوز أن يعتبر العفو قبل بدء الخصومة، أي قبل تحريك الدعوى مانعاً من تحريكها، وهو يفعل ذلك إذا قرر تعليق تحريك بعض الدعاوى على شكوى المجني عليه، فيتخذ العفو صورة ضمنية بعدم تقديم الشكوى. ويجوز أن يقرر أن العفو بعد تحريك الدعوى واتصالها بحوزة القضاء منهياً للدعوى ومانعاً من الاستمرار في إجراءاتها. ويجوز أن يعتبر العفو بعد صدور الحكم، وبعد حيازته الصفة الباتة مانعاً من تنفيذ العقوبة. وهذه الأحكام لها صفة الاستثناء على الأصل العام الذي يقرر استقلال الخصومة الجنائية والعقوبة عن إرادة المجني عليه.

٤٤٥– شروط الرضاء:

يتعين أن تتوافر للرضاء شروط معينة كي يكون له أثره، سواء كان هذا الأثر هو إباحة الفعل في ذاته، أو الحيلولة دون توافر بعض أركان الجريمة، أو امتناع عقابها. ومرد هذه الشروط أن الرضاء في ذاته «إرادة»، إرادة متجهة

إلى إنتاج أثر معين. وللإرادة شروطها المقررة في الفقه كي تنتج الأثر الذي يراد لها أن تحدثه. وبناء على ذلك، كانت شروط الاعتداد بالإرادة هي ذاتها شروط الرضاء.

وهذه الشروط نجملها على الوجه التالي: يتعين أن يصدر الرضاء ممن له صفة في إصداره؛ ويتعين أن يكون من صدر عنه الرضاء مميزاً، ويتعين أن تكون إرادة من صدر عنه الرضاء سليمة مما يعيبها، ويتعين أن يكون الرضاء معاصراً لوقت معين يحدده الشارع بالنظر إلى الأثر الذي يراد له إحداثه. ونفصل فيما يلي هذه الشروط:

٤٤٦ – صدور الرضاء عمن له صفة في إصداره:

يحدد الشارع الشخص الذي يعتد برضائه أو عفوه، فيكون ذلك الشخص هو وحده صاحب الصفة في الرضاء أو العفو، فإذا صدر الرضاء أو العفو عن شخص سواه لم تكن له قيمة شرعاً: فالرضاء بإتيان فعل إتلاف مال أو قتل حيوان كسبب لإباحة الفعل يتعين أن يصدر من مالك الحيوان أو المال أو ممن يكون له تمثيله في التعبير عن إرادته؛ وتمليك المال الذي ينفي أحد أركان السرقة أو يمنع الخصومة فيها يتعين أن يصدر من مالك المال أو من يمثله؛ والعفو في جرائم القصاص أو الدية يتعين أن يصدر من المجني عليه أو ولي الدم. فإذا صدر الرضاء أو العفو عن غير هؤلاء الأشخاص، أي عن غير ذي صفة فيه، لم تكن له قيمة.

٤٤٧ – صدور الرضاء من شخص مميز:

علة هذا الشرط وجوب كون الرضاء، أو العفو، معبراً عن إرادة ذات قيمة، أما إذا كانت متجردة من القيمة فهي والاعتراض على الفعل سواء: فإذا رضي بإتلاف المال أو قتل الحيوان أو رضى بتمليك المال أو صدر العفو من شخص غير مميز لم يكن للرضاء أو العفو أثر.

ويخضع تحديد السن التي يعتبر الشخص ببلوغها مميزاً للقواعد العامة التي تقررها الشريعة في هذا الشأن، إذ لا وجود لما يقتضي تقرير قواعد مختلفة.

٤٤٨ – سلامة الإرادة من العيوب:

يتعين أن تكون إرادة الشخص الذي ينسب إليه الرضاء أو العفو سليمة مما يعيبها، ذلك أن الإرادة المعيبة غير ذات قيمة. فإذا كان من ينسب إليه

الرضاء أو العفو ضحية غلط أو تدليس أو إكراه، فلا وجه لأن ينسب إليه ذلك الرضاء أو العفو. فمن سلم ماله لشخص معتقداً أنه المال الذي سبق أن باعه له، سواء كان اعتقاده تلقائياً أو كان تحت تأثير حيل تدليسية، فليس لرضائه قيمة. وإذا عفا ولي الدم عن القصاص أو الدية تحت تأثير إكراه مارسه عليه الجاني، فليس لعفوه قيمة.

٤٤٩- يتعين صدور الرضاء في اللحظة التي يتطلبها أداؤه دوره:

يقضي المنطق الشرعي بأن الرضاء، أو العفو، لا ينتج أثره إلا إذا صدر في لحظة معينة، هي اللحظة التي تتحقق فيها الواقعة التي ينصب عليها تأثير الرضاء أو العفو. فإذا لم يكن الرضاء، أو العفو، متوافراً في هذه اللحظة، فليست له قيمة، وإن توافر في لحظة سابقة أو لاحقة. وتطبيقاً لذلك، فإنه إذا لم يتوافر الرضاء الذي يعتبر سبب إباحة وقت الفعل الذي ينسب إلى الرضاء إباحته، ولكن توافر في لحظة لاحقة، فإنه لا ينتج أثره في الإباحة.

وعلة هذا الشرط أن تأثير الرضاء كسبب إباحة إنما ينصرف إلى الفعل، فيجب أن يتوافر لحظة ارتكابه كي يصادف موضوعه.

http://www.rafatosman.com/

الباب الثاني

الماديات الإجرامية

الركن المادي للجريمة

٤٥٠- لا جريمة بغير ماديات إجرامية:

يعد من المبادئ الأساسية المقررة في الفقه الجنائي الإسلامي أنه لا قيام للجريمة بغير ماديات تبرز بها إلى العالم الخارجي المحسوس.

وسند المبدأ هو قول رسول الله صلى الله عليه وسلم "إن الله تعالى تجاوز لأمتي عما وسوست أو حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم". وقال صلى الله عليه وسلم كذلك "من هم بحسنة فلم يفعلها كتبت له حسنة، ومن هم بسيئة فلم يفعلها لم يكتب له شيء". وقد قال الإمام الشافعي رضي الله عنه في ذلك "الأحكام على الظاهر، والله ولي الغيب، من حكم بالإزكان (أي فهم الشيء بالظن بغير دليل مادي)، جعل لنفسه ما حظره الله تعالى عليه ورسوله، لأن الله عز وجل إنما يتولى الثواب والعقاب على الغيب، لأنه لا يعلمه إلا هو جل ثناؤه. وكلف العباد أن يأخذوا من العباد بالظاهر، ولو كان لأحد أن يأخذ بباطن عليه دلالة كان ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم".[٣٧١] واستدل الإمام الشافعي على ذلك أيضاً بقول الله تعالى – مخاطباً رسوله الكريم في شأن المنافقين – "إِذَا جَاءكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ إِنَّكَ لَرَسُولُهُ وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّ الْمُنَافِقِينَ لَكَاذِبُونَ اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً فَصَدُّوا عَن سَبِيلِ اللَّهِ".[٣٧٢] وأخذاً بهذه الآية الكريمة فقد عامل الرسول صلى الله عليه وسلم المنافقين على أنهم مسلمون وأجرى عليهم جميع أحكام الإسلام، لأنهم من حيث الظاهر يشهدون أن "لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله"، ولم يعاملهم على أنهم كفار على الرغم من أنه صلى الله عليه وسلم كان يعلم أنهم يبطنون الكفر، وأنهم كما قال سبحانه "يتخذون أيمانهم جُنَّة"، أي يتظاهرون بالإسلام[٣٧٣] كي يتقوا أن يطبق عليهم أحكام الكفر.

وقد استقر في التشريع الإسلامي منذ فجره هذا الأصل العام من أنه لا جريمة ولا مسئولية ما لم تصدر عن المتهم ماديات يعبر بها عن نواياه الإجرامية. وقد تقدم الإسلام حضارياً على التشريع الوضعي الذي ظل حتى وقت متأخر يحاسب المجرم بمحض نيته ولو لم تصدر عنه ماديات تعبر عنها، وأجاز التذرع بأساليب الإكراه لحمله على أن يظهر ما يبطن من نوايا، فيحاسبه بها.

---

(٣٧١) الأم، للإمام محمد بن إدريس الشافعي، جـ ٢ ص ٤١.

(٣٧٢) سورة المنافقون، الآيتان ١ ، ٢.

(٣٧٣) الإمام أبو زهرة ٣٣٢

٤٥١- علة اشتراط ماديات لقيام الجريمة:

إن أهم علة لذلك أنه بغير ماديات ملموسة لا ينال أمن المجتمع اضطراب، ولا يصيب الحقوق والمصالح الجديرة بالحماية عدوان، بما مؤداه انتفاء علة التجريم، وبالإضافة إلى ذلك، فإن إقامة الجريمة على ماديات يتفق مع الحاجة إلى إقامة الدليل قضاءً على ارتكاب الجريمة، ومعلوم أن إقامة الدليل على الماديات ميسور ولكن إقامته على محض فكرة حبيسة في النفس أو تصميم كامن في الصدر أمر يكاد يكون مستحيلاً. وفي النهاية، فإن محاسبة الشخص على نواياه وأفكاره يفترض وضع نظام لتجسس السلطات العامة على الأفراد لكشف خفايا ما تضمره نفوسهم ولم تعبر عنها أفعالهم، أو استعمال الإكراه في التحقيق مع من يشتبه في سوء نواياه، وهذه النظم تأباها روح التشريع الإسلامي ومبادؤه الأساسية.

٤٥٢- تقسيم الدراسة:

تضم دراسة الركن المادي للجريمة فصلين: بيان عناصره، واستظهار صوره.

الفصل الأول

عناصر الركن المادي

٤٥٣– بيان عناصر الركن المادي للجريمة:

عناصر الركن المادي للجريمة ثلاثة: الفعل والنتيجة الإجرامية وعلاقة السببية بينهما.

المبحث الأول

الفعل

٤٥٤– تقسيم:

نعني بالفعل سلوك المجرم حينما ارتكب جريمة، أي تصرفه الذي نهى عنه الشارع، وقرر من أجله العقوبة. ويعني ذلك أن الفعل صورة للسلوك الإنساني، وما يميزه عن سائر صوره التي يأتيها الناس في حياتهم اليومية أن الشارع قد نهى عن إتيانه، ومؤدى ذلك أنه أسبغ عليه صفة غير مشروعة تجعله موضوع تجريمه والسبب الشرعي لتوقيع العقوبة على مقترفه.

٤٥٥– صور الفعل:

صور السلوك الإنساني في الحياة اليومية، أنه إتيان لعمل أو امتناع عن عمل، ومن ثم كان لهذا السلوك صورتان: صورة إيجابية حيث يأتي الشخص فعلاً وصورة سلبية حين يحجم عن إتيان فعل. وفي المجال الجنائي، فإن المجرم يفعل ما نهى الشارع الحكيم عنه، أو يمتنع عما أمره به. وبناء على ذلك، ساغ القول بأن للفعل صورتين: صورة إيجابية تتمثل في "الإتيان" أو "الحركة" المادية الملموسة، وصورة سلبية تتمثل في محض الامتناع أو الإحجام. وإذا أطلق لفظ الفعل فإنه ينصرف إلى العمل الإيجابي. ويمكن اصطلاحاً أن يستعمل تعبير "الفعل السلبي" للدلالة على "الامتناع".

والفعل عنصر في ماديات الجريمة، سواء أكانت عمدية أم غير عمدية.

٤٥٦ – أهمية الفعل في التجريم والعقاب:

الفعل هو موضوع التجريم، ومن أجل ارتكابه يقرر الشارع العقاب. وهذه الحقيقة تحدد مجال التدخل الجنائي، وترسم بالتالي حدود سلطان التشريع الجنائي. وكل واقعة ينتفي عنها وصف الفعل لا يتصور أن تكون موضوعاً للتجريم. وبناء على ذلك، فلا يتصور تجريم محض حالة يتصف بها الشخص كالمرض أو الجنون، ويؤكد ذلك ما سبق بيانه من أن النية أو التصميم لا يتصور أن يكونا موضوعاً لتجريم.

٤٥٧ – تقسيم الدراسة:

تتضمن دراسة الفعل الإجرامي التمييز بين صورتيه: الفعل الإيجابي، ويطلق عليه كذلك "الارتكاب"، والفعل السلبي، ويطلق عليه "الامتناع".

المطلب الأول

الفعل الإيجابي

٤٥٨ – تعريف الفعل الإيجابي:

الفعل الإيجابي يعني إتيان الجاني لحركة عضوية، أي تحريكه لعضو في جسمه على نحو يكون من شأنه إحداث مساس بمصلحة يحميها التشريع الجنائي، وعلى سبيل المثال، فإن المجرم يبتغي قتل عدو له، فيحرك يده إلى إعمال سلاحه في جسمه، فيقتله، ومن ثم كان جوهر فعل القتل هو تحريك المجرم عضواً في جسمه هو يده لإحداث أثر هو المساس بحياته. وبناء على ذلك كان العنصر الأساسي للفعل الإيجابي أنه "حركة عضوية".

ولكن الفعل الإيجابي لا يقوم بأية حركة عضوية، وإنما يتعين أن تكون هذه الحركة إرادية، أي صادرة عن إرادة من صدرت منه هذه الحركة، وخاضعة في جميع أجزائها ومراحلها لهذه الإرادة. وبناء على ذلك كانت الصفة الإرادية هي العنصر الثاني في الفعل الإيجابي.

وبالجمع بين هذين العنصرين يمكن تعريف الفعل الإيجابي بأنه "حركة عضوية إرادية".

ونفصل ذلك فيما يلي:

٤٥٩- الحركة العضوية:

للفعل الإيجابي كيان مادي محسوس، ويتمثل هذا الكيان فيما يصدر عن مرتكبه من حركات لأعضاء في جسمه ابتغاء تحقيق آثار مادية معينة، يتمثل فيها الاعتداء على المصلحة التي يحميها الشارع. وقد أشرنا فيما تقدم إلى تحريك مرتكب الفعل يده التي تحمل سلاحاً لإعمال هذا السلاح في جسم المجني عليه. ونشير فيما يلي إلى تحريك السارق يده للاستيلاء على مال المجني عليه، وتحريك القاذف لسانه للنطق بألفاظ تخدش شرف أو اعتبار المجني عليه، وتحريك مرتكب جريمة انتهاك حرمة ملك غيره قدميه للدخول في عقار يحوزه غيره دون إذن منه.

ويلاحظ من هذه الأمثلة أن "الحركة العضوية" ليست بالضرورة "حركة يدوية"، أي أنه ليس بشرط أن تكون اليد هي العضو الذي يحركه الجاني ويقوم به الفعل، فقد يكون هذا العضو هو القدم أو اللسان. وفي تعبير عام فإن العضو الذي يقوم الفعل الإيجابي بتحريكه هو أي عضو في جسم الجاني بقدر ملاءمته لإحداث المساس بالمصلحة التي يحميها الشارع.

وأهمية الحركة العضوية في كيان الفعل الإيجابي واضحة، إذ بغيرها يتجرد من الماديات، فلا يتصور أن يحدث عن طريقه مساس بالمصالح التي يحميها الشارع. وأهم نتيجة تترتب على ذلك – ما قدمناه – من أن الفعل الإيجابي لا يقوم بفكرة حبيسة في نفس صاحبها، أو بمجرد العزم والتصميم على المساس بالمصلحة، إذ تنقصه الحركة العضوية.

٤٦٠- الصفة الإرادية:

الفعل الإيجابي – على ما قدمنا – هو حركة عضوية إرادية، ومن ثم لم تكن الحركة العضوية غير ذات الصفة الإرادية فعلاً في اصطلاح التشريع. والإرادة هي "قوة نفسية مدركة"، أي نشاط نفسي واع، أي نشاط نفسي يعي الهدف الذي يتجه إليه، والوسيلة التي يستعين بها لبلوغ هذا الهدف، والإرادة لها دوران في كيان الفعل الإيجابي: فمن ناحية، هي سبب الحركة العضوية، فهي باعتبار صفتها الواعية هي التي تدفع عضو الجسم إلى إتيان الحركة التي يقوم

بها الفعل. وبناء على ذلك، فإن الفعل لا يقوم بحركة عضوية أياً كانت، وإنما يقوم بحركة عضوية ذات مصدر معين هو الإرادة، والدور الثاني للإرادة يعني سيطرتها على كل أجزاء الحركة العضوية وتوجيهها لها على نحو معين. وتوضيح ذلك أن جميع الماديات التي يتكون منها الفعل يتعين أن تكون منسقة في اتجاه معين ترسمه الإرادة وتحدد معالمه، ومن ثم كان الاتجاه الإرادي إلى أجزاء الحركة العضوية عنصراً في الصفة الإرادية التي يفترضها الفعل.

٤٦١- أهمية الصفة الإرادية في كيان الفعل:

أهمية تطلب الصفة الإرادية كعنصر في الفعل الإيجابي هي تحديد نطاق هذا الفعل، بحيث تستبعد من نطاقه كل حركة عضوية تجردت من الصفة الإرادية، وإن أفضت – من الناحية المادية – إلى المساس بالحقوق التي يحميها الشارع الحكيم، فمثل هذه الأفعال لا تقوم بها بداهة مسئولية على عاتق من صدرت عنه، ولا يوقع عليه من أجلها عقاب.

والحركات العضوية المستبعدة من نطاق الفعل لعدم توافر الصفة الإرادية فئتان: **الأولى**، تضم الحركات الصادرة ممن لا تسيطر إرادته على أعضاء جسمه، فمن أصيب بإغماء مفاجئ أثناء سيره فوقع على طفل فأصابه بجراح أو على مال غيره فأتلفه لا يعد مرتكباً فعل إصابة أو إتلاف. **والثانية**، تضم الحركات الصادرة ممن خضع لإكراه مادي سلبه كل سيطرة إرادية على بعض أجزاء جسمه: فمن يتعرض لإكراه شخص أمسك بيده وأرغمه على إفراغ المادة السامة في الطعام أو الشراب المعد للمجني عليه، أو أرغمه على التوقيع على محرر مزور لا يرتكب فعلاً في المصطلح الشرعي، وإنما يعد الفعل صادراً عن الشخص الذي سيطر على حركات جسمه واتخذه أداة لا إرادة لها.

المطلب الثاني

الامتناع

٤٦٢- أمثلة للامتناع في الشريعة الإسلامية:

أمثلة الامتناع في الشريعة الإسلامية عديدة، وهي تفوق في عددها ما تقرره القوانين الوضعية، إذ أن الشريعة ذات نزعة إيجابية، وهي تستهدف إقامة

مجتمع فاضل، يجتمع أفراده على قيم أخلاقية واجتماعية سامية، ولذلك تحملهم بالتزامات وواجبات، وتجعل من الإخلال بها جريمة.

وبعض حالات الامتناع تقوم بها جرائم دينية جزاؤها عند الله تعالي يوم الحساب، ذلك ما لم ير ولي الأمر العقاب عليها دنيوياً كذلك؛ وبعضها تقوم به جرائم وضعية كذلك، فيعاقب عليها دنيوياً إلى جانب العقاب عليها أخروياً. ومناط قيام المسئولية الدنيوية بالامتناع أن يكون مما يجري عليه الإثبات قضاء، إذ توقيع العقوبة الدنيوية يفترض تدخل القضاء، ولا ينظر القضاء إلا فيما يجري عليه الإثبات، ويفترض تجريم الامتناع دنيوياً أي يوجد مصدر شرعي لتجريمه، سواء كان نصاً أو قياساً، عند من يجيزون التجريم قياساً، أو أن يضع ولي الأمر نصاً في قانون العقوبات الإسلامي، يجرم ذلك الامتناع ويحـــدد عقوبته.

ومن أمثلة الامتناع الذي تجرمه الشريعة دينياً الامتناع عن أداء الزكاة وإقامة الصلاة، فقد قال الله تعالى «وَأَقِيمُواْ الصَّلاَةَ وَآتُواْ الزَّكَاةَ»[٣٧٤] وقال كذلك «وَأَقِمِ الصَّلاَةَ إِنَّ الصَّلاَةَ تَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاء وَالْمُنكَرِ»[٣٧٥]. والامتناع عن الصوم، فقد قال تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ».[٣٧٦]، وقال كذلك «شَهْرُ رَمَضَانَ الَّذِيَ أُنزِلَ فِيهِ الْقُرْآنُ هُدًى لِّلنَّاسِ وَبَيِّنَاتٍ مِّنَ الْهُدَى وَالْفُرْقَانِ فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ»[٣٧٧]. والامتناع عن الأمر بالمعروف أو عن النهي عن المنكر، فقد قال تعالى «وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ»[٣٧٨]، وقال كذلك «كُنتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللّهِ».[٣٧٩] وهذه أمثلة لحالات امتناع تقوم بها في الأصل جرائم دينية.

أما أمثلة الامتناع الذي تقوم به جرائم دنيوية، فيكون العقاب عليها متعيناً قضاءً، إلى جانب العقاب الأخروي، فأبرزها الامتناع عن أداء الشهادة. فقد قال الله تعالى «وَلاَ تَكْتُمُواْ الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ

---

[٣٧٤] سورة البقرة، الآية رقم ٤٣.

[٢] سورة العنكبوت، الآية رقم ٤٥.

[٣٧٦] سورة البقرة، الآية رقم ١٨٣.

[٤] سورة البقرة ، الآية رقم ١٨٥.

[٣٧٨] سورة آل عمران، الآية رقم ١٠٤.

[٦] سورة آل عمران، الآية رقم ١١٠.

http://www.rafatosman.com/

عَلِيم»[٣٨٠]، وقال كذلك «وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ»[٣٨١]، وقال سبحانه «وَلاَ يَأْبَ الشُّهَدَاء إِذَا مَا دُعُواْ».[٣٨٢] والامتناع عن أداء النفقة الواجبة، فقد قال الله تعالى «لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ».[٣٨٣] وامتناع الأم عن إرضاع طفلها، فقد قال الله تعالى «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ».[٣٨٤] وعند تجريم الامتناع دنيوياً، فإنه يتعين أن يحدد مصدر التجريم، نصاً كان أو قياساً، أركان الجريمة التي يقوم بها الامتناع والعقاب المقرر له.

٤٦٣- الامتناع البسيط والامتناع ذو النتيجة الإجرامية:

الامتناع قسمان: امتناع بسيط يتحقق بمجرد إحجام المكلف عن أداء الواجب الذي فرضته الشريعة عليه، كإحجام الشاهد عن أداء الشهادة التي كلف بأدائها، وإحجام الملتزم بالنفقة عن الوفاء بالتزامه. ويعني ذلك أن جريمة الامتناع البسيط لا يفترض ركنها المادي سوى ذلك الإحجام.

أما الامتناع ذو النتيجة الإجرامية، فيفترض أنه ترتب عليه حدوث نتيجة إجرامية يتمثل فيها الاعتداء على حق أو مصلحة، ومثاله امتناع الأم عن إرضاع طفلها فترتب عليه موته أو الإضرار بصحته؛ وامتناع حارس سجن عن تقديم الطعام أو الشراب إلى السجين فترتب على ذلك موته أو الإضرار بصحته؛ وامتناع الشخص المكلف – بناء على عقد – عن رعاية مريض وتقديم الدواء إليه في مواعيد محددة فترتب على ذلك موته أو الزيادة من مرضه؛ وامتناع الشخص المكلف – بناء على عقد – برعاية أعمى عن قيادته أثناء سيره معه في طريق عام، مما أفضى إلى اصطدام إحدى وسائل النقل به أو إلى وقوعه في حفرة.

ويتضح من هذه الأمثلة أن الركن المادي لجرائم الامتناع ذي النتيجة الإجرامية، مركب التكوين، إذ يتطلب بالإضافة إلى الامتناع أن تحدث نتيجة

---

(٣٨٠) سورة البقرة ، الآية رقم ٢٨٣.
(٨) سورة الطلاق ، الآية رقم ٢.
(٣٨٢) سورة البقرة ، الآية رقم ٢٨٢.
(٢) سورة الطلاق ، الآية رقم ٧.
(٣٨٤) سورة البقرة ، الآية رقم ٢٣٣.

إجرامية، وأن يثبت توافر علاقة سببية بين الامتناع وهذه النتيجة، وبناء على ذلك كان هذا الركن ثلاثي العناصر، خلافاً للركن المادي لجرائم الامتناع البسيط الذي يقوم على ركن وحيد، هو الامتناع.

ويشترك الركن المادي في نوعي جرائم الامتناع في افتراضه "الامتناع"، فهو عنصر مشترك في الركن المادي لنوعي جرائم الامتناع.

٤٦٤- تقسيم الدراسة:

نتناول بالدراسة – في المقام الأول – الامتناع في ذاته، ونعقب ذلك بدراسة العناصر التي يختص بها الركن المادي لجرائم الامتناع ذي النتيجة الإجرامية.

١- ماهية الامتناع

٤٦٥- تعريف:

الامتناع هو إحجام شخص عن إتيان عمل إيجابي معين كان الشارع ينتظره منه في ظروف معينة، بشرط أن يوجد واجب شرعي يلزم بإتيان هذا العمل، وأن يكون في استطاعة المكلف إتيانه.

ويتضح من هذا التعريف أن الامتناع ليس عدماً وفراغاً، أي أنه ليس مجرد "نفي للعمل" أو "مجرد سكون عن حركة"، وإنما هو كيان متكامل له وجوده وعناصره الذاتية التي يقوم عليها.

ويستخلص من هذا التعريف قيام الامتناع على عناصر ثلاثة: الإحجام عن إتيان عمل معين، ووجود واجب شرعي يلزم بهذا العمل، واستطاعة المكلف القيام بذلك العمل.

ونوضح فيما يلي هذه العناصر:

٤٦٦- الإحجام عن عمل إيجابي معين:

ليس الامتناع – على ما قدمنا – مجرد موقف سلبي، وإنما هو موقف سلبي بالقياس إلى عمل إيجابي معين، ومن هذا العمل يستمد الامتناع كيانه ثم خصائصه.

وهذا العمل يحدده الشـــارع – صراحة أو ضمناً – بالنظـــر إلى ظروف معينة. ويعني ذلك أن الشـــارع يعتبر هـــذه الظروف مصدراً لتوقعـــه أن يقوم شخـــص على إتيـــان عمل إيجـــابي معين تقتضيه الحماية الواجـــبة لمصلحة مشروعـــة: فإذا لم يأت المكلف هذا العمـــل بالذات، فهو ممتنع في نظـــر الشـــارع.

ويستخلص من هذا التحديد أنه إذا لم ينسب إلى المكلف موقف سلبي قط، إذ كان في خلال الفترة التي يتعين فيها إتيان العمل الذي ينتظره الشارع منه دائم القيام بأعمال إيجابية متنوعة، ولكنه لم يقم بالعمل المنتظر منه بالذات، فهو ممتنع في تقدير الشارع. وعلى العكس من ذلك، فإنه إذا اتخذ موقفاً سلبياً عاماً، ولكنه قام بهذا العمل فقط، فلا ينسب إليه الامتناع في مدلوله الشرعي: فجريمة امتناع الشاهد عن أداء الشهادة تفترض إحجامه عن الإدلاء بالأقوال المتعلقة بالوقائع المعروضة على القضاء، لا عن عمل سوى ذلك. وجريمة امتناع الأم عن إرضاع طفلها تفترض أنها أحجمت عن القيام بعملية الإرضاع بالذات، لا عن سواها.

٤٦٧ – الواجب الشرعي:

إذا كان الامتناع إحجاماً عن عمل إيجابي معين، استتبع ذلك القول بأن الامتناع يستمد أهميته من الأهمية التي يسبغها الشارع على ذلك العمل الإيجابي: فليس للامتناع وجود شرعاً إلا إذا كان العمل الإيجابي مفروضاً على من امتنع عنه، فالامتناع يفترض التزاماً، وهو في مدلوله الفقهي يفترض التزاماً شرعياً.

ومن الأهمية تحديد مصدر هذا الالتزام: فقد يكون مصدره نصاً شرعياً، وأبرز أمثلة لذلك قول الله تعالى في شأن الامتناع عن أداء الشهادة «وَلاَ تَكْتُمُواْ الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ»[٣٨٥]، وقوله سبحانه في شأن الالتزام بأداء النفقة الواجبة «لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ»[٣٨٦]، وقوله في شأن الالتزام بالإرضاع «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ».[٣٨٧] وقد يكون

---

[٣٨٥] سورة البقرة ، الآية رقم ٢٨٣.

[٢] سورة الطلاق، الآية رقم ٧.

[٣٨٧] سورة البقرة ، الآية رقم ٢٣٣.

النص الشرعي حديثاً لرسول الله صلى الله عليه وسلم، ومثال ذلك قول «لا ضرر ولا ضرار»، والذي يمكن الاستناد إليه في القول بالتزام من أتى عملاً ضاراً بأن يأتي من الأعمال ما يكون من شأنه الحد من نطاق الضرر وما يرتبط به من مخاطر، وتطبيقاً لذلك فإن من ألقى مادة مشتعلة في مكان توجد فيه أشياء قابلة للاحتراق يلتزم بإطفاء هذه المادة، ومثال ذلك أيضاً قوله صلى الله عليه وسلم «من كان عنده فضل زاد فليَعُد به على من لا زاد عنده، ومن كان عنده فضل ظهر فليَعُد به على من لا ظهر عنده». وهذا الحديث الشريف يرسي مبدأ هاماً للتكافل الاجتماعي العام، باعتباره ينشئ هذا الالتزام تجاه شخص لا تربطه بالملتزم صلة خاصة من الانتماء إلى عائلة.

وقد يكون مصدر الواجب هو العقد، وسند ذلك قوله تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ»[٣٨٨]، ومثال الامتناع المخالف لالتزام ناشئ عن عقد: التزام شخص – بناء على عقد – بقيادة أعمى أو بتقديم الدواء إلى مريض أو بتقديم الطعام والشراب إلى عاجز عن الحركة، أو التزام معلم السباحة بإنقاذ من يعلمه من خطر الغرق.

وقد يكون مصدر الواجب المبادئ العامة في النظام التشريعي الإسلامي، التي تفرض التكافل بين أفراد الأسرة الواحدة، بل وبين أفراد المجتمع الإسلامي كافة، ومثال ذلك الالتزام الذي تفرضه على كل من الزوجين برعاية الآخر، وعلى الآباء والأمهات برعاية أطفالهم، وقد يكون مصدر العرف تطبيقاً لأصل أن "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً".

ويثور التساؤل عما إذا كان من السائغ، اعتبار الواجب الأخلاقي مصدراً لالتزام يقوم بالإحجام عن الوفاء به امتناع تجرمه الشريعة الإسلامية. إن الرجوع إلى المبادئ العامة للشريعة، واستظهار طابعها الأخلاقي الرفيع، وحرصها على التكافل الاجتماعي بين أفراد المجتمع الإسلامي، الذي يتجلى في قول رسول الله صلى الله عليه وسلم "إنما المؤمنون أخوة"، وقوله "مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم كالبنيان يشد بعضه بعضاً"؛ يقتضي القول بأن الواجب الأخلاقي يصلح أن يكون مصدراً لالتزام يقوم بالإحجام عنه امتناع تجرمه الشريعة. وقد أكد هذه الحقيقة حديث الرسول صلى الله عليه وسلم في قوله "من

---

(٣٨٨) سورة المائدة ، الآية رقم ١.

كان عنده فضل زاد فليعد به على من لا زاد عنده، ومن كان عنده فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر عنده"[٣٨٩]، إذ يقرر التزاماً على المكلف تجاه شخص لا تربطه به صلة خاصة. ونشير إلى أن هذا الأصل المقرر في الفقه الإسلامي، يخالف ما يقرره الفقه الوضعي من أن الإحجام عن القيام بعمل تفرضه الأخلاق لا يقوم به امتناع يجرمه القانون، وتطبيقاً لذلك فإن من لا يلقى بنفسه في نهر، أو يقتحم بناء اشتعلت فيه النيران لإنقاذ شخص لا تربطه به صلة خاصة لا يوصف مسلكه بالامتناع الذي تجرمه قواعد القانون الوضعي، ذلك أن هذا الفقه يغلب عليه الطابع النفعي الذي يقصر تدخل السلطات العامة على القدر الأدنى الذي تقتضيه وحدة المجتمع واستقرار أمنه.

٤٦٨- الصفة الإرادية للامتناع:

الامتناع كالعمل الإيجابي هو صورة للسلوك الإنساني، وهذا السلوك بطبيعته ذو أصل إرادي: فالإنسان يريد ما يصدر عنه من سلوك. وما يصدر عن الإنسان ويثبت تجرده من الصفة الإرادية لا يصلح أن يكون محلاً للمسئولية الشرعية. وهذا العنصر يقتضي أن يكون في استطاعة المكلف أن يقوم بالعمل الذي ينسب إليه الامتناع عن القيام به، ومصدر هذا العنصر هو قول الله تعالى «لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ»[٣٩٠].

وتطبيقاً لهذا العنصر، فإنه لا ينسب الامتناع إلى المكلف إلا خلال الوقت الذي اتجهت فيه إرادته إلى الإحجام عن العمل الملتزم به. فإذا انعدم الاتجاه الإرادي بعد ذلك لإصابته بإغماء أو تعرضه لإكراه ملجئ حال بينه وبين القيام بالعمل المفروض عليه، فلا ينسب إليه الامتناع خلال فترة الإغماء أو الإكراه؛ فإذا أصيبت الأم بإغماء خلال الوقت الذي كان يتعين عليها فيه إرضاع طفلها، أو تعرضت لإكراه شخص قيدها بالحبال أو حبسها في حجرة خلال هذا الوقت فلم يكن في استطاعتها أن ترضع الطفل حتى مات، فلا ينسب إليها الامتناع شـــرعاً.

٢- الامتناع ذو النتيجة الإجرامية

---

(٣٨٩) الإمام الشيخ أبو زهرة ١٧٣.

(٣٩٠) سورة البقرة الآية رقم ٢٨٦.

٤٦٩- التعريف بالامتناع ذي النتيجة الإجرامية:

٤٧٠- تمهيد:

يفترض الامتناع ذو النتيجة الإجرامية أنه قد صدر عن المكلف امتناع – في مدلوله الشرعي الذي سبق تفصيله –، وأنه أعقب هذا الامتناع حدوث نتيجة إجرامية، ويثور في هذا النوع من الامتناع البحث فيما إذا كان من السائغ أن يسأل المكلف عن هذه النتيجة، كما لو كان قد أحدثها بعمل إيجابي.

وأهم أمثلة للامتناع ذي النتيجة: امتناع الأم عن إرضاع طفلها أو عن ربط حبله السري إذا أدى ذلك إلى وفاته، وامتناع قائد الأعمى عن تنبيهه إلى خطر إذا أفضى ذلك إلى إصابته بجروح، وامتناع عامل الإشارات في مجاز تمر عليه القطارات عن إعطاء إشارة تحذير إلى قطار قادم إذا أدى ذلك إلى حدوث تصادم بين هذا القطار وقطار آخر متوقف في المحطة؛ في هذه الفروض يثور التساؤل عما إذا كان من السائغ أن تسأل الأم التي امتنعت عن إرضاع طفلها حتى مات عن قتل، كما لو كانت قد قتلته بعمل إيجابي كخنقه أو ضربه، وأن يسأل قائد الأعمى الذي امتنع عن إرشاده إلى مخاطر الطريق عن الجروح التي أصابته كما لو كان أحدث هذه الجروح بعمل إيجابي كطعنه بسلاح؛ وأن يسأل عامل الإشارات عن التصادم الذي ترتب على امتناعه كما يسأل عنه لو كان قد تسبب فيه بعمل إيجابي، كإعطاء إشارة غير صحيحة ترتب عليها حدوث التصادم.

٤٧١- تحديد موضوع البحث في المسئولية عن الامتناع ذي النتيجة الإجرامية:

يقتصر البحث على جرائم الامتناع ذي النتيجة الإجرامية، إذ هي التي يفترض فيها حدوث نتيجة إجرامية، فيثور فيها التساؤل عما إذا كان الممتنع يسأل عن هذه النتيجة؛ أما جرائم الامتناع البسيط فلا تثور فيها مشكلة، إذ يسأل المكلف عن محض امتناعه، ولا صعوبة في القول بمسئوليته عن هذا الامتناع طالما توافرت له عناصره.

ويقتصر البحث في هذا الموضوع على حالات الامتناع البحت، أي الحالات التي يكون فيها سلوك المكلف امتناعاً خالصاً؛ أما إذا صدر عن المكلف سلوك إيجابي يستهدف به إحداث النتيجة الإجرامية، ثم أعقبه امتناع استهدف به

دعم آثار هذا السلوك واستمرارها، فإن النتيجة الإجرامية تنسب إلى السلوك الإيجابي، ولا تثور مشكلة في هذا الوضع، إذ يسأل المكلف عن هذه النتيجة باعتباره أحدثها بذلك السلوك الإيجابي. وتطبيقاً لذلك، فإنه إذا حبس المكلف المجني عليه في غرفة أحكم إغلاقها، وامتنع عن تقديم الطعام والشراب إليه حتى مات، فإنه لا شك في مسئوليته عن قتل المجني عليه، وينسب القتل في هذا الفرض إلى عمل إيجابي هو الحبس في هذه الظروف. ويطبق ذات الحكم إذا وجه قائد عربة الحيوانات التي تجرها تجاه جسم المجني عليه الذي كان يمر في طريق العربة، حتى صدمته فمات، إذ يسأل قائد العربة عن قتل بعمل إيجابي هو توجيه العربة تجاه جسم المجني عليه.

٤٧٢- عناصر المشكلة في جرائم الامتناع ذي النتيجة:

تفترض جرائم الامتناع ذي النتيجة توافر الامتناع في مدلوله الشرعي بجميع عناصره التي سبق تفصيلها، وبصفة خاصة أن يكون الامتناع مخالفاً لواجب شرعي، وأن يكون إرادياً، مما مقتضاه أن يكون في استطاعة الممتنع إتيان العمل الإيجابي المفروض عليه في الوقت الذي كان يتعين عليه فيه إتيانه.

وتفترض جرائم الامتناع ذي النتيجة توافر الركن المعنوي المتطلب لقيام الجريمة، سواء اتخذ هذا الركن صورة «القصد الجنائي» فتقوم به جريمة امتناع عمدية، أو اتخذ صورة «الخطأ غير العمدي»، فتقوم به جريمة امتناع غير عمدية. وبناء على ذلك، فنحن لا نرى مذهب من يقولون بقصر المسئولية على جرائم الامتناع العمدي ذات النتيجة الإجرامية، ذلك أنه إذا عاقب الشارع على جريمة بوصفها العمدي وغير العمدي، فمن غير المقبول قصر المسئولية على أحد الوصفين، إذ يعني ذلك أن يفر من العقاب شخص جدير به، وبالإضافة إلى ذلك، فإن الركن المعنوي للجريمة لا صلة له بالمشكلة، إذ تدور هذه المشكلة في نطاق الركن المادي للجريمة، وتنحصر في تحديد ما إذا كان الامتناع يصلح لأن يعتبر – شرعاً – سبباً للنتيجة الإجرامية التي أعقبته، على ذات النحو الذي يعتبر به العمل الإيجابي سبباً لهذه النتيجة.

وتطبيقاً لذلك، فإن من صدر عنه امتناع غير عمدي أحدث نتيجة إجرامية كان مسئولاً عن هذه النتيجة مسئولية غير عمدية. فمن امتنع إهمالاً عن حراسة

حيوان خطر أو عن الاحتياط للوقاية من مخاطرِ آلة، فأفضى ذلك إلى موت أو أذى أشخاص تعرضوا لهذه المخاطر كان مسئولاً عن قتل أو إيذاء غير عمدي.

وبناء على ذلك، فإن المشكلة التي تثيرها جرائم الامتناع ذي النتيجة الإجرامية هي تحديد مدى توافر علاقة السببية بين الامتناعِ والنتيجة الإجرامية: فإذا قلنا بتوافرها فلا وجه للتردد في اعتبار الممتنع مسئولاً عن هذه النتيجة، إذ توافرت جميع أركان الجريمة، وجميع عناصر المسئولية عنها. وعلى هذا النحو – فإن المشكلة التي تثيرها جرائم الامتناع ذي النتيجة الإجرامية هي مشكلة علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة الإجرامية.

٤٧٣ – دقة البحث في علاقة السببية في جرائم الامتناع ذي النتيجة الإجرامية:

مصدر هذه الدقة أن الامتناع من حيث طبيعته هو «سلوك سلبي»، وهو في قول البعض «عدم»؛ أما النتيجة الإجرامية فهي ظاهرة مادية إيجابية، فكيف يسوغ في المنطق القول بأن العدم سبب لموجود ذي كيان مادي؟

إذا سلمنا بهذا القول تعين إنكار سببية الامتناع، وإنكار وجود جرائم الامتناع ذي النتيجة الإجرامية. ولكن هذا القول في إطلاقه يعترضه أن الشارع لا يفرق – كأصل عام – بين وسائل إحداث النتيجة الإجرامية، وعلى سبيل المثال فإن الشارع لا يفرق بين قتل بإعطاء السم وقتل بالخنق وقتل بالطعن بسلاح وقتل بإطلاق الرصاص، فإذا ثبت ذلك كان مؤداه أن الشارع لا يفرق بين وسيلة إيجابية (هي العمل الإيجابي) ووسيلة سلبية (هي الامتناع)، فالفرق بين العمل الإيجابي والامتناع هو مجرد فرق بين الوسائل، وهو ما ثبت أن الشارع لا يعتد به. وبالإضافة إلى ذلك، فإن هذا القول يهدر المصلحة العامة باستبعاده العقاب قبل أشخاص جديرين به.

لقد تعددت الآراء في هذه المشكلة: فذهب رأي إلى إنكار علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة، وذهب رأي إلى الاعتراف بها. ونفصل فيما يلي هذين الرأيين:

٤٧٤ – إنكار علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة الإجرامية:

ينكر هذا الرأي – كقاعدة عامة – علاقة السببية بين الامتناع والنتيجة الإجرامية، وينكر بالتالي وجود جرائم الامتناع ذي النتيجة الإجرامية، ولا يعترف بها إلا استثناء وحيث يقرر الشارع ذلك صراحة أو ضمناً.

وحجة هذا الرأي أن الامتناع «عدم وفراغ»، فلا ينتج عنه سوى العدم والفراغ، ويعني ذلك أن الامتناع لا يتصور أن يكون سبباً لشيء.

ويمثل هذا الرأي في الفقه الإسلامي فقهاء المذهب الحنفي، فقد ورد في بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام الكاساني أنه «لو طين على أحد بيتاً حتى مات جوعاً أو عطشاً لا يضمن شيئاً عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف ومحمد يضمن الدية، وجه قولهما أن الطين الذي عليه تسبب لإهلاكه لأنه لا بقاء للآدمي إلا بالأكل والشرب، فالمنع عند استيلاء الجوع والعطش عليه يكون إهلاكاً له فأشبه حفر البئر على قارعة الطريق. ولأبي حنيفة رحمه الله أن الهلاك حصل بالجوع والعطش لا بالتطيين ولا صنع لأحد في الجوع والعطش خلال الحفر فإنه سبب للوقوع في البئر.

والحفر حصل من الحافر فكان قتلاً تسبيباً. ولو أطعم غيره سماً فمات فإن كان تناوله بنفسه فلا ضمان على الذي أطعمه لأنه أكله باختياره، لكنه يعزر ويضرب ويؤدب لأنه ارتكب جناية ليس لها حد مقدر وهي الغرور فإن أوجده السم فعليه الدية عندنا (أي عند الحنفية) وعند الشافعي رحمه الله عليه القصاص. ولو غرق إنساناً فمات أو صاح في وجهه فمات فلا قود عليه عندنا وعنده (أي عند الشافعي) عليه القود (أي القصاص)»[٣٩١].

والذي يخلص من ذلك أن القتل لا يستوجب القصاص إلا إذا كان المتهم بالقتل قد باشر الفعل الذي من شأنه إحداث القتل، أي كان قاتلاً بالمباشرة. ويرى أصحاب هذا الرأي أن الامتناع ليس مباشرة للقتل. وقد اختلفوا فيما يعد قتلاً بالمباشرة، الإمام أبو حنيفة رأى أن من طين على آخر بيتاً، فمنع عنه بذلك الطعام والشراب لم يباشر القتل، وعند صاحبيه أنه باشر القتل، إذ لا استمرار للحياة بغير طعام وشراب. ويبدو لنا أن رأيهما أصح لأن التطيين فعل إيجابي، وكان المنع من الطعام والشراب مجرد دعم لآثار هذا الفعل الإيجابي، فالجريمة إيجابية. وهذا الفرض يخرج بذلك من مجال البحث.

فإذا واجهنا الفروض الأخرى حيث ينسب إلى المتهم محض امتناع، كما لو أحجم عن منع شخص من تناول السم، فإن الجناية (أي جناية القتل) لا تقوم

---

(٣٩١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، جـ ٧، ص ٢٣٤.

بهذا الامتناع. ولكن نفى قيام القتل بالامتناع لا يحول دون عقابه على الامتناع في ذاته، باعتباره جناية ليس لها حد مقدر، أي باعتباره جريمة تعزيرية.

وقد أوجز مذهب الحنفية الإمام محمد أبو زهرة، في قوله إن «الترك حتى يموت المجني عليه غرقاً أو عطشاً أو يفترسه ذئب أو أسد، فإن السبب في القتل ليس هذا الترك وإنما الجوع والعطش وافتراس الوحش له»، وأضاف إلى ذلك أن الأساس في اتصاف جريمة القتل أو الجناية على النفس أو على الأطراف بشكل عام، هو أن يصدر عنه فعل إيجابي متصل بالنتيجة، وهي القتل أو نحوه، والتارك لا ينسب له عمل إيجابي[٣٩٢].

ويبدو أن أساس رأي الحنفية المبدأ المقرر في مذهبهم من أنه «لا يستحق القصاص إلا المباشر للجريمة (أي الفاعل لها)، ثم حصرهم مدلول المباشر فيمن أتى الفعل الذي يؤدي مباشرة وعلى سبيل الحتم واليقين إلى حدوث النتيجة الإجرامية. وقد كان الخلاف بين الإمام أبي حنيفة وصاحبيه في تكييف بعض الأفعال (مثل التطيين) فيما إذا كانت مباشرة أو تسبيباً للقتل، ولكن لا خلاف بينهم من حيث المبدأ وأن القصاص لا يستحق إلا على المباشر دون المتسبب.

وقد استخلص فقهاء الحنفية من ذلك أن الممتنع لا ينسب إليه بامتناعه أنه باشر الجريمة لأنه لم يصدر عنه فعل: ذلك أن المباشرة تفترض بطبيعتها ارتكاب فعل. وهذا القول محل نظر، إذ الممتنع الذي يحمل واجب إتيان الفعل الذي أحجم عنه، والذي كان من شأنه حماية حق أو مصلحة موضع حماية الشارع يعتبر في حكم من أتى عملاً إيجابياً أهدر ذلك الحق أو المصلحة، ذلك أن امتناعه قد سبب ذلك الإهدار، ولو أنه لم يمتنع عن القيام بواجبه لما تعرض الحق أو المصلحة للإهدار.

٤٧٥- الاعتراف بعلاقة السببية بين الامتناع والنتيجة الإجرامية:

يذهب فقهاء آخرون إلى الاعتراف بعلاقة السببية بين الامتناع والنتيجة الإجرامية، ومساءلة الممتنع عن النتيجة كما لو كان قد أحدثها بعمل إيجابي، وكان سندهم – كما يبدو – أن الامتناع الذي خالف واجباً، وترتب عليه إهدار الحق أو المصلحة يعد في حكم العمل الإيجابي، باعتبار كل منهما نوعاً من

---

(٣٩٢) الإمام محمد أبو زهرة، ص ١٣٥.

http://www.rafatosman.com/

السلوك الإنساني الذي عبر به صاحبه عن عدم احترامه للحماية التي يسبغها الشارع على الحق أو المصلحة.

وقد أشار الإمام ابن قدامة إلى الفرض الخاص بإتيان عمل إيجابي أعقبه امتناع كان من شأنه دعم الآثار المترتبة على ذلك العمل، فقال «أن يحبسه في مكان ويمنعه الطعام والشراب مدة لا يبقى فيها حتى يموت، فعليه القود، أي القصاص، لأن هذا يقتل غالباً، وهذا يختلف باختلاف الناس والزمان والأحوال، فإذا كان عطشاناً في شدة الحر مات في الزمن القليل، وإن كان رياناً (الزمن بارد أو معقول) لم يمت إلا في زمن طويل»[٣٩٣].

وقد واجه الفقهاء مشكلة صلاحية الامتناع لإحداث النتيجة، فقرروا أن من يترك شخصاً يستسقى فلم يسقه حتى مات عطشاً، كان ذلك قتلاً إن ثبت قصد ذلك، فقد صرح بعض فقهاء المالكية أن الأم إذا منعت ولدها الرضاع حتى مات فقد قتلته إن قصدت ذلك"[٣٩٤].

وأصرح الأقوال في ذلك وأوضحها ما ورد عن الظاهرية، فقد قال الإمام ابن حزم «إن الذين لم يسقوه إن كانوا يعلمون أنه لا ماء البته عنده، ولا يمكنه إدراكه أصلاً حتى يموت فهم قتلوه عمداً، وعليهم القود بأن يمنعوا الماء حتى يموتوا كثروا أو قلوا، ولا يدخل في ذلك من لا يعلم بأمره منهم، ولا من لا يمكنه أن يسقيه، فإن كانوا لا يعلمون ذلك ويقدرون أنه يدرك الماء فهم قتلوه خطأ وعليهم الكفارة وعلى عواقلهم الدية، وبرهان ذلك قول الله تعالى «فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ»[٣٩٥]. وقوله سبحانه وتعالى «وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ»[٣٩٦]. وبيقين يدري كل مسلم أنه إذا استسقاه مسلم وهو قادر على أن يسقيه فتعمد ألا يسقيه إلى أن مات عطشاً فإنه قد اعتدى عليه بلا خلاف بين أحد من الأمة، وإذا اعتدى فواجب بنص القرآن أن يعتدي عليه بمثل ما اعتدى به. فصح قولنا بيقين لا إشكال فيه. وأما إذا لم يعلم بذلك، فقد قتله إذ منعه ما لا حياة إلا به، فهو قاتل خطأ، فعليه ما على القاتل خطأ .. وهكذا القول في الجائع والعاري ولا فرق، وكل ذلك عدوان»[٣٩٧]. وقال «لو

---

[٣٩٣] المغني جـ ٨ ص ٢٦٤، كشف القناع جـ ٣ ص ٣٣٦.
[٣٩٤] حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٩ ص ٣٢٧.
[٣٩٥]، [٤] سورة البقرة الآية رقم ١٩٤.
[٣٩٧] الإمام بن حزم، المحلي جـ ١٠ ص ٥٢٢.

تركوه، فأخذه السبع وهم قادرون على إنقاذه، فهم قتلة إذ لم يمت إلا من فعلهم. وهذا كمن أدخلوه في بيت ومنعوه الطعام حتى مات».

٤٧٦ – ترجيح مذهب الاعتراف بعلاقة السببية بين الامتناع والنتيجة الإجرامية:

نرى ترجيح مذهب الاعتراف بعلاقة السببية بين الامتناع والنتيجة الإجرامية، ذلك أنه الأدنى إلى المنطق وإلى المصلحة في أداء المكلف الواجب الذي يفرضه التزام شرعي، إذا كان من شأن أداء هذا الواجب صيانة حق أو مصلحة، وكان من شأن الامتناع عن أداء هذا الواجب إهدار ذلك الحق أو المصلحة؛ وبالإضافة إلى ذلك فإنه إذا قرر الشارع واجباً على مكلف وجد في ظروف معينة، فإن من آثار تقرير الواجب أن يسأل المكلف عن النتائج المترتبة على الإخلال بهذا الواجب، فإذا تمثلت هذه النتيجة في إهدار حق وجب أن يسأل جنائياً إذا كان ذلك الحق مشمولاً بالحماية الجنائية[٣٩٨].

ويؤيد هذا الترجيح استظهار طبيعة الامتناع في ذاته ومن حيث منطق التكليف، ذلك أن الامتناع ليس عدماً وفراغاً، بل هو صورة للسلوك الإنساني، ويضم الامتناع عنصراً إيجابياً، هو الإرادة المتجهة إليه وإلى الآثار التي ترتبت عليه، والامتناع بالإضافة إلى ذلك تعبير عن هذه الإرادة؛ وهو من الناحية المادية وسيلة لبلوغ غاية في العالم الخارجي، ويحول ذلك دون أن يوصف الامتناع بأنه محض ظاهرة سلبية، إذ يصدم المنطق أن تضم ظاهرة سلبية من بين عناصرها ظاهرة إيجابية. وليس الامتناع مجرداً من الكيان المادي، فباعتباره سلوكاً إنسانياً، فهو يصدر إزاء ظروف مادية معينة، ويمثل تصرف صاحبه في مواجهتها. ولما كان السلوك الإنساني في كل صوره واعيا مدركاً، فهو بفضل هذه الصفة يكتسب سيطرة على الظروف المادية المحيطة به، ويوجهها إلى غايته، فيكون مؤدى ذلك القول بأن هذه الظروف تنسب إليه، باعتبارها بعض وسائله لإدراك هذه الغاية، ويصل ذلك إلى حد اندماج هذه الظروف فيه، واكتسابه منها طابعاً مادياً، فالأم تمتنع عن إرضاع طفلها في ظروف معينة، منها على سبيل المثال: عدم وجود شخص يستطيع في الوقت الملائم إطعام الطفل، وعجز الطفل عن إطعام نفسه، وبلوغ جوعه الحد الذي

---

[٣٩٨] الشيخ محمد أبو زهرة، ص ١٣٤.

يهدد حياته، والأم تعلم بهذه الظروف أو على الأقل تستطيع هذا العلم، فإذا صدر عنها الامتناع فهي تسيطر به على هذه الظروف وتوجهها إلى غايتها، فيصبح هذا المجموع من العوامل منسوباً إليها.

ولا نرى صعوبة في الاعتراف للامتناع بسببيته الشرعية، فهو سبب العدوان الذي نال مصلحة جديرة بالحماية الشرعية، وبيان ذلك أن الشارع ينتظر من الممتنع إتيان فعل إيجابي ويوجب ذلك عليه، ويفترض أن من شأن هذا الفعل صيانة المصلحة، فإذا خالف سلوك الممتنع ما توقعه الشارع، فنال العدوان المصلحة، فلا شك في أن سبب ذلك العدوان هو ذلك السلوك. والسببية الشرعية تحمل الدليل على السببية المادية، وهذه نوضحها إذا وضعنا في اعتبارنا الفعل الإيجابي الذي ينتظره الشارع، وثبت لنا علاقته بالنتيجة الإجرامية، إذ يعد ذلك في الوقت نفسه إثباتاً للعلاقة بين الامتناع وهذه النتيجة. فإذا تحقق لدينا أنه لو كان الممتنع قد أتى هذا الفعل ما حدثت النتيجة الإجرامية، فمعنى ذلك أن هذا الفعل سبب لعدم حدوث النتيجة؛ ويقتضي ذلك بطريق اللزوم العقلي أن نقرر أن الامتناع سبب لحدوث النتيجة: فإذا كان من شأن إرضاع الأم طفلها ألا تحدث وفاته، فمؤدى ذلك أن عدم إرضاعه هو سبب وفاته.

وتذهب بعض التشريعات العربية إلى الأخذ بهذا الرأي: فقانون العقوبات العراقي ينص في المادة ١٩ منه (رقم ٤) على أن «الفعل: كل تصرف جرمه القانون سواء كان إيجابياً أو سلبياً كالترك والامتناع ما لم ينص القانون على خلاف ذلك». ويعني ذلك إقرار المساواة الكاملة بين الفعل الإيجابي والامتناع، أي إقرار صلاحية الامتناع لكل ما يصلح له الفعل الإيجابي. ونصت المادة ٢٢ من قانون العقوبات البحريني على أنه «إذا ارتكبت الجريمة بطريق الامتناع ممن أوجب عليه القانون أو الاتفاق أداء ما امتنع عنه عوقب عليها كأنها وقعت بفعله».

ونص قانون العقوبات السوداني (المادة ١٢ الفقرة جـ)، وقانون العقوبات القطري (المادة ٥٥ الفقرة ٣) على صلاحية "الامتناع غير المشروع لتقوم به المساعدة باعتبارها وسيلة للاشتراك في الجريمة". [٣٩٩]

---

[٣٩٩] انظر في تفصيل ذلك مؤلفنا في علاقة السببية في قانون العقوبات سنة ١٩٨٣، رقم ٣٩٦، ص ٤٠٥ وما بعدها؛ ومؤلفنا في المساهمة الجنائية في التشريعات العربية سنة ١٩٩٢، رقم ٢٢١، ص ٣١٠ وما بعدهما.

المبحث الثاني

النتيجة الإجرامية

٤٧٧- المدلول الشرعي للنتيجة الإجرامية:

إذا ارتكب الفعل الذي ينهي عنه الشارع ويجرمه بناء على ذلك، فإنه تترتب عليه مجموعة من الآثار المادية يتمثل فيها العدوان على مصلحة قرر لها الشارع الحماية. وعلى سبيل المثال، فإذا ارتكب فعل القتل فإنه يترتب عليه أثر مادي، هو وفاة المجني عليه؛ وهذا الأثر يمثل عدواناً على حق المجني عليه في الحياة، وعلى مصلحة المجتمع في أن يحتفظ بكل من أفراده. وهذا العدوان هو العلة الشرعية لتجريم القتل؛ ذلك أنه عند انتفاء أي عدوان يترتب على الفعل لا يكون للتجريم ما يبرره. والمثل يقال في سائر الجرائم: ففعل الجرح يفضي إلى أثر ينال سلامة حسم المجني عليه، وفعل السرقة يترتب عليه نقل المال من حرز المجني عليه إلى حرز السارق، وفعل الحريق يترتب عليه اشتعال النار في المكان المحرق.

٤٧٨- ماهية النتيجة الإجرامية:

النتيجة في أصلها ظاهرة مادية، باعتبارها – على ما تقدم – مجموعة من الآثار المادية التي ترتبت علي الفعل. ولكنها تكتسب تكييفاً شرعياً حين يعتد الشارع بهذه الآثار ويرى فيها عدواناً على مصلحة يحميها. ويمكن القول بأن هذا التكييف مصدر لمدلول شرعي للنتيجة الإجرامية.

والعلاقة بين المدلولين واضحة: فالمدلول المادي للنتيجة هو الموضوع الذي ينصب عليه مدلولها الشرعي، فالمدلول المادي يلحظ أولاً، وإذ تتضح علاقته بالمصلحة المحمية شرعاً يستخلص من ذلك المدلول الشرعي للنتيجة.

والمدلول الشرعي للنتيجة يحدد القدر من الآثار المادية التي يدخلها الشارع في اعتباره في تحديد عناصر الجريمة: وبيان ذلك أن الآثار التي تترتب على الفعل عديدة ومتنوعة، وهي تتتابع متلاحقة طبقاً لقوانين السببية. ولكن الشارع لا تعنيه جميع هذه الآثار، وإنما يعنيه منها ذلك القدر الذي يتمثل فيه العدوان على المصلحة التي يحميها. وعلى سبيل المثال، فإن فعل القتل يترتب عليه وفاة المجني عليه عبر وسيلة معينة، قد تكون الجروح وقد تكون إحداث خلل في أجهزة الجسم عن طريق

السم مثلاً، ولكن هذه الآثار المادية للفعل لا تتوقف عند ذلك، وإنما تتلاحق هذه الآثار: فجثة المجني عليه قد تشوه وتدفن، وموته يترتب عليه فقد عائلته مورد رزقها، وقد يترتب على ذلك انحراف أبنائه. ولكن الشارع لا يعنيه في تحديد النتيجة في خصوص جريمة القتل الآثار التي تعقب حدوث الوفاة، وإنما يقف اهتمامه عند حـــدوث الوفـــاة، ويكتفي به في تحـــديد عناصر النتيجـــة الإجرامـــية في القتل.

ويتضح بذلك أنه على الرغم من اختلاف مدلولي النتيجة، فإن بينهما صلة وثيقة، من حيث أن أحدهما موضوع الآخر، ومن حيث أن أحدهما وسيلة تحديد ما يعتد به شرعاً من الثاني.

٤٧٩- جرائم الضرر وجرائم الخطر:

تنقسم الجرائم إلى جرائم ضرر وجرائم خطر تبعاً للصورة التي تتخذها الآثار المادية المترتبة على الفعل: فقد تتخذ هذه الآثار، صورة العدوان الفعلي الحال على المصلحة التي يحميها الشارع؛ وقد تتخذ صورة العدوان المحتمل على هذه المصلحة، والعدوان المحتمل يعني التهديد بالخطر. في النوع الأول يكون اعتداد الشارع بأثر تحقق فعلاً، وفي النوع الثاني يكون اعتداده بأثر لم يتحقق بعد، ولكن تحققه في مستقبل قريب محتمل في درجة عالية من الاحتمال، والشارع يعتد في تجريم النوع الأول بأثر قد تحقق، ويعتد في النوع الثاني بأثر لم يتحقق بعد، ولكن تحققه – على ما تقدم – محتمل. وتوضيحاً لذلك، فإن الشارع يعتد في تجريم القتل بأثر تحقق فعلاً، وهو موت المجني عليه، والمثل يقال بالنسبة للجرح والسرقة وإتلاف المال. ولكن إذا جرم الشارع نقل طفل أو عاجز عن الحركة إلى مكان بعيد عن العمران، أو جرم مجرد وضع النار في مكان، أو مجرد قيادة سيارة بسرعة تهدد الأنفس بالخطر أو جرم الشروع، فإن الشارع لا ينظر في تجريم الفعل إلى عدوان قد تحقق: فالطفل قد لا يناله ضرر بنقله إلى المحل البعيد عن العمران، فقد ينقذ قبل أن يصاب بأذى، والنار قد تطفأ بعد وضعها بوقت قليل، والسيارة المسرعة قد تمضي إلى غايتها دون أن تصيب أحداً بأذى في نفسه أو ماله. ولكن الشارع ينظر في تجريمه لهذه الأفعال إلى الاحتمال الغالب، وهو أن الطفل يغلب أن يصاب بأذى في حياته أو سلامة بدنه، والنار قد تتلف المبنى الذي وضعت فيه وقد تصيب بعض الأشخاص الموجودين فيه بالأذى، والسيارة

المسرعة قد تصيب أحد المارة. وقد اعتد الشارع بالأثر المستقبل للفعل، باعتباره غالب الاحتمال.

وأهمية التفرقة بين جرائم الضرر وجرائم الخطر أن جريمة الضرر التي تهدر مصلحة معينة تستحق عقوبة أشد من جريمة الخطر التي تهدد ذات المصلحة. ولهذه التفرقة أهميتها كذلك في تطبيق بعض الأحكام، وبصفة خاصة أحكام السببية والشروع، على ما نفصله فيما بعد.

٤٨٠- أهمية النتيجة الإجرامية في البنيان التشريعي للجريمة:

تتضح هذه الأهمية من وجهين: من حيث علة تجريم الشارع للفعل، ذلك أنه يجرم الفعل من أجل ما يحدثه من عدوان على المصلحة التي يحميها، سواء أكان هذا العدوان فعلياً أم كان محتملاً، ذلك أنه إذا كان الفعل لا ينجم عنه عدوان قط، فلا مبرر لتجريمه، وإلا كان ذلك مجرد تضييق على الناس، وحد من حرياتهم ونشاطهم، وهو ما يتنزه عنه الشارع.

والنتيجة الإجرامية لها أهمية من وجهة ثانية: ذلك أن الركن المادي للجريمة لا تكتمل عناصره إلا بتحقق نتيجته. أما إذا لم تتحقق النتيجة، وكانت الجريمة عمدية، فإن المسئولية تقف عند الشروع في هذه الجريمة. أما إذا كانت الجريمة غير عمدية، فلا مسئولية عنها، إذا لم تتحقق النتيجة فيها، إذ لا شروع في الجرائم غير العمدية، ولكن قد يسأل مرتكب الفعل عن جريمة غير عمدية أخرى لا تتطلب هذه النتيجة، إنما تكتفي بنتيجة أخرى اقل جسامة، إذا كانت قد تحققت فعلاً. كما لو لم تتحقق الوفاة بالفعل الذي كان من شأنه إحداثها، وإنما تحققت الإصابة بجروح، إذ تقتصر المسئولية عن جريمة الإصابة غير العمدية.

المبحث الثالث

علاقة السببية

٤٨١- أهمية علاقة السببية:

علاقة السببية – على ما قدمناه – هي الصلة التي تربط بين الفعل الذي ارتكبه المكلف وبين النتيجة الإجرامية، ويثبت أن ارتكاب هذا الفعل هو الذي أدى إلى حدوث هذه النتيجة.

وأهمية علاقة السببية في غنى عن البيان: فهي التي تربط بين عنصري الركن المادي، فتقيم بذلك وحدته، وتوفر له كيانه. وعلاقة السببية تسند النتيجة إلى الفعل، فتقرر بذلك توافر شرط مسئولية مرتكب الفعل عن النتيجة. وتسهم علاقة السببية في تحديد نطاق المسئولية، باستبعادها حيث لا ترتبط النتيجة الإجرامية بفعل المكلف ارتباطاً سببياً.

وإذا انتفت علاقة السببية، فإن مسئولية مرتكب الفعل تقتصر على الشروع إذا كانت جريمة عمدية، أما إذا كانت جريمة غير عمدية فلا يسأل عنها، إذ لا شروع في الجرائم غير العمدية، وإن ساغ أن يسأل عن جريمة غير عمدية أخرى لا تتطلب هذه النتيجة، وإنما تقوم بالفعل وحده أو تتطلب نتيجة أقل جسامة ثبت توافر علاقة السببية بينها وبين الفعل.

ولعلاقة السببية ذات الأهمية وذات الدور في المسئولية، سواء في الشريعة الإسلامية أو في القوانين الوضعية.

٤٨٢ – طبيعة علاقة السببية:

لعلاقة السببية كيان مستقل، ولها ذاتية خاصة، ومن ثم كان المزج بينها وبين العناصر الأخرى للمسئولية أو إحلالها في غير الركن المادي للجريمة تشويهاً لطبيعتها. فعلاقة السببية صلة بين ظاهرتين ماديتين: الفعل والنتيجة، ودورها بيان ما كان للفعل من نصيب في إحداث النتيجة، ومن ثم حتم المنطق القول بأن لهذه العلاقة طبيعة مادية كذلك. ويقتضي ذلك أن يكون تحديد معيارها متسقاً مع طبيعتها، معتمداً على الاعتبارات المادية التي يعتد بها الشارع. ولا محل للقول باحتمال أن يؤدي ذلك إلى اتساع نطاق المسئولية على نحو لا يتفق مع العدالة ولا تقتضيه مصلحة المجتمع، ذلك أن المسئولية لا تقوم بعلاقة السببية وحدها، إنما تتطلب عناصر أخرى، أهمها الركن المعنوي للجريمة، فإذا امتدت علاقة السببية، فإن العناصر الأخرى للمسئولية كفيلة بأن تحصرها في النطاق الذي يتفق مع العدالة ومصلحة المجتمع.

وأهم ما يثيره البحث في علاقة السببية هو تحديد معيارها، إذ من شأن هذا المعيار أن يميز بين الحالات التي تتوافر فيها والحالات التي لا تتوافر فيها.

المطلب الأول

المعيار العام لعلاقة السببية

٤٨٣ – تمهيد:

إن نقطة البداية في تحديد المعيار العام لعلاقة السببية أن حدوث أي واقعة يقتضي تضافر مجموعة من العوامل يسهم كل منها في توجيه القوانين الطبيعية على نحو تحدث به تلك الواقعة. ويعني ذلك أن السبب ليس عاملاً بمفرده، ولكنه بمجموعة من العوامل. وعلى أساس من هذه الملاحظة، فقد حدد العالم الإنجليزي "جون ستيوارت ميل" السبب بأنه «مجموعة العوامل الإيجابية والسلبية التي يستتبع تحققها حدوث نتيجة على نحو لازم»[٤٠٠].

وتطبيق هذه النظرية على المسئولية الجنائية يقود إلى القول بأن سبب النتيجة الإجرامية ليس عاملاً بمفرده، ولكنه مجموعة من العوامل تتضامن فيما بينها فتحدث هذه النتيجة. وعلى سبيل المثال، فإنه إذا أعطى شخص آخر مادة سامة فمات، فليس سبب الوفاة هو فعل الإعطاء وحده، ولكنه كذلك الظروف الصحية للمجني عليه التي جعلت السم ينتج أثره على نحو معين، وعدم إسعافه بالعلاج في الوقت الملائم، وقد يكون من عوامل الوفاة كذلك تقصير المجني عليه في علاج نفسه، أو خطأ الطبيب المعالج. وأهمية تطبيق هذه النظرية على المسئولية الجنائية هو رسم الطريق إلى وضع معيار لعلاقة لسببية يصلح للتطبيق على المسئولية الجنائية. وبيان ذلك أنه إذا كان فعل المكلف واحداً من العوامل التي أسهمت في إحداث النتيجة، فإن المشكلة تدور حول معرفة ما إذا كان من السائغ القول بتوافر علاقة السببية بين الفعل والنتيجة لمجرد كونه عاملاً أياً كانت أهميته بين عوامل النتيجة، أم أنه يتعين التحقق من أنه – بالقياس إلى سائرها – يمثل أهمية خاصة.

وهذا التساؤل أثار جدلاً فقهياً خصيباً، وأنتج نظريات عديدة تجتهد كل منها في تحديد معيار مقبول لعلاقة السببية في مجال المسئولية الجنائية.

---

[١] John Stuart Mill: A system of logic, vol. I (٨٦٢) p.٣٧٠.

ويمكن تصنيف هذه النظريات بردها إلى مذهبين: مذهب يقرر التعادل بين الأسباب، ومذهب ينكر هذا التعادل.

ونرى أن ندرس أولاً نظرية تعادل السباب، ثم نعقبها بدراسة النظريات المنكرة لهذا التعادل.

٤٨٤- نظرية تعادل الأسباب:

تقرر هذه النظرية المساواة بين جميع العوامل التي أسهمت في إحداث النتيجة الإجرامية، فكل منها تقوم بينه وبين النتيجة علاقة السببية. وتطبيق ذلك على المسئولية الجنائية يقتضي القول بأن علاقة السببية تقوم بين فعل الجاني والنتيجة الإجرامية إذا ثبت أنه عامل أسهم في إحداثها، ولو كان نصيبه في المساهمة محدوداً أو شاركت معه في ذلك عوامل تفوقه في الأهمية على نحو ملحوظ.

وتقود نظرية تعادل الأسباب إلى النتائج الآتية: إذا أسهمت مع فعل الجاني عوامل طبيعية، كضعف صحي أو مرض سابق كان المجني عليه يعاني منه، فعلاقة السببية تظل قائمة بين هذا الفعل والنتيجة. وإذا أسهمت في إحداث النتيجة أفعال أخرى فعلاقة السببية لا تنتفي بذلك: فخطأ المجني عليه وإن كان جسيماً، ونشاط مجرم ثان اتجه إلى ذات النتيجة، لا ينفيان علاقة السببية. بل إن العوامل التي تدخل في التسلسل السببي بعد ارتكاب الجاني فعله فتزيد من جسامته وتقود إلى إحداث النتيجة، لا تحول دون القول بتوافر هذه العلاقة: فخطأ الطبيب المعالج وإن كان فاحشاً، أو إصابة المجني عليه بمرض لاحق، أو احتراقه في المستشفى الذي نقل إليه لعلاجه، كل ذلك لا ينفي علاقة السببية.

وحجة هذه النظرية هي القول بأنه إذا كان السبب هو مجموعة العوامل التي أسهمت في إحداث النتيجة، فإن فعل المكلف كواحد من هذه العوامل هو في الوقت نفسه سبب النتيجة: ذلك أن العوامل جميعاً عدا هذا الفعل عاجزة عن إحداث النتيجة على النحو الذي حدثت به، فإذا ارتكب المكلف فعله صارت هذه العوامل صالحة لإحداث النتيجة، فيكون معنى ذلك أن هذا الفعل هو الذي أعطى العوامل الأخرى هذه الصلاحية، أي هو الذي أمدها بقوتها السببية، فهو سبب لسببيتها، وعلى هذا النحو، فإذا سلمنا أن الفعل سبب لسبب النتيجة، وقلنا أن سبب السبب هو بدوره سبب، فإن الحقيقة التي نخلص إليها هي أن الفعل سبب النتيجة.

ويفضل بعض أنصار هذه النظرية الاستناد إلى حجة أبسط من ذلك: فيقولون بأن ثمة مساواة بين جميع العوامل التي أسهمت في إحداث النتيجة، ومصدر هذه المساواة كونها جميعاً لازمة لإحداث النتيجة على النحو الذي حدثت به، إذ أن تخلف أحدها يؤدي إلى انتفاء النتيجة. ويعني ذلك أنه إذا اختلفت عوامل النتيجة من حيث مقدار مساهمتها في إحداثها، فهي جميعاً متساوية من حيث مبدأ لزومها لإحداث النتيجة، وهذه المساواة تبرر اعتبار فعل المكلف سبباً للنتيجة، إذ لا مبرر لأن تمتاز عليه العوامل الأخرى فتستأثر دونه بهذه الصفة.

٤٨٥ – النظريات المنكرة للتعادل بين الأسباب:

هذه النظريات متنوعة، وهي تختلف فيما بينها من حيث الضابط الذي تقيم على أساسه التفرقة بين عوامل النتيجة الإجرامية، وتقول – بناء عليه – بأن أحد هذه العوامل أو بعضها قد اكتسب أهمية قانونية تجعله يمتاز على سواه، فيصلح محلاً لاعتداد الشارع به، وتعتبر علاقة السببية متوافرة بينه وبين النتيجة الإجرامية. أما ما عداه من العوامل فليست له هذه الأهمية، ومن ثم تعتبر علاقة السببية منتفية بينه وبين النتيجة. وقد جرى عرف هذه النظريات على إطلاق تعبير «السبب» على العامل الأول، وتعبير «الشروط» على النوع الثاني من العوامل.

وهذه النظريات جميعاً تسلم بنظرية تعادل الأسباب، ولكنها تراها غير كافية، فهي تعترف بأن جميع عوامل النتيجة هي أسباب لها من الوجهة المنطقية، ثم هي تقف عند ذلك، بل تقارن بين هذه العوامل لتنتقي من بينها – وفق معيار معين· العامل ذا الأهمية الخاصة الذي يعتبر السبب القانوني لهذه النتيجة.

ولا تتساوى هذه النظريات من حيث القيمة العلمية، فأهمها وأبقاها هي «نظرية السببية الملائمة». ونتناول فيما يلي بالدراسة هذه النظريات.

٤٨٦ – نظرية السبب القوى:

تذهب هذه النظرية إلى اعتبار أقوى العوامل مساهمة في إحداث النتيجة سبباً لها، ولا تتطلب هذه النظرية وجوب كون فعل الجاني أقوى من سائر العوامل مجتمعة، وإنما يكفي كونه أقوى من كل منها على حدة. وحجتها في ذلك أنه يناقض المنطق إنكار السببية على العامل الأقوى وخلعها على عامل دونه قوة.

وقد انتقدت هذه النظرية من حيث أنها تؤدي إلى حصر سبب النتيجة الإجرامية في عامل واحد، مما يعني استبعاد تعدد الجناة في الجريمة الواحدة، وهو ما يخالف القانون. وانتقدت هذه النظرية كذلك بأنه لا وجود لمقياس يحدد مقدار مساهمة كل عامل، ويبين أقوى هذه العوامل مساهمة. وبالإضافة إلى ذلك، فإن قوة الفعل الإنساني لا تكمن في مادياته فحسب، وإنما تكمن كذلك في الإرادة التي يصدر عنها، وتعطيه صفة واعية، وتتيح له بذلك السيطرة على العوامل الأخرى.

٤٨٧ – نظرية اختلال التوازن:

تذهب هذه النظرية إلى أن حدوث النتيجة هو ثمرة لتفوق العوامل التي تتجه لإحداثها على العوامل التي تتجه إلى الحيلولة دون حدوثها، فطالما وجد التوازن بين نوعي العوامل فإن النتيجة لا تحدث، أما إذا اختل هذا التوازن لمصلحة العوامل التي تتجه إلى إحداثها، فهي تحدث، ومن ثم يكون العامل الذي يحدث هذا الاختلال هو سبب النتيجة.

ويعيب هذه النظرية أن اختلال التوازن بين نوعي العوامل، وحدوث النتيجة الإجرامية تبعاً لذلك لا يرجع إلى العامل الذي يطرأ في وقت يكون التوازن فيه متحققاً، إنما يرجع إلى كل العوامل التي تتجه إلى إحداث النتيجة، إذ تتضامن جميعاً في إحداثها؛ بالإضافة إلى أن فكرة التوازن التي تقوم عليها هذه النظرية هي محض خيال.

٤٨٨ – نظرية السبب الأخير:

تذهب هذه النظرية إلى اعتبار آخر العوامل – من حيث الترتيب الزمني – تدخلاً في التسلسل السببي هو سبب النتيجة الإجرامية. وحجة هذه النظرية أن علاقة السببية لا تكون مباشرة إلا بين العامل الأخير والنتيجة، إذ لا يتوسط بينهما ما من شأنه انقطاع هذه العلاقة.

وقد انتقدت هذه النظرية لأنها لم تقدم تعليلاً لاعتبار الزمن المعيار الذي يحدد القيمة السببية للفعل، واعتبار العامل الأخير حائزاً تبعاً لذلك من القوة ما يرجح به علي العوامل السابقة عليه. وبالإضافة إلي ذلك، فإن هذه النظرية تضع في يد المكلف الوسيلة للتخلص من المسئولية، بأن يدبر الأمور علي نحو لا يكون فيه فعله هو الأخير من حيث التدخل في التسلسل السببي.

٤٨٩- نظرية التفرقة بين القوي المتحركة والحالات الساكنة:

تذهب هذه النظرية إلى القول بأن العوامل التي تتمثل في قوى متحركة لها دور إيجابي في التسلسل السببي، وهي من ثم التي تحدث النتيجة الإجرامية باعتبارها تمثل القوى الخالقة لها، ومن ثم فهي تعتبر سبباً لها. أما الحالات الساكنة فإن دورها سلبي يقتصر علي مجرد إتاحة الظروف الملائمة لكي تنتج عوامل النوع الأول تأثيرها، ومن ثم فهي لا تعد سبباً لها.

وقد انتقدت هذه النظرية لأن الحالات الساكنة تسهم بدورها في إحداث النتيجة الإجرامية، باعتبارها تخلق الوسط الملائم لكي تباشر فيه القوة المتحركة تأثيرها، وفي غير هذا الوسط قد تكون هذه القوة عاجزة عن إحداث النتيجة. بالإضافة إلى ذلك، فإن الحالات الساكنة لا تفترق - في طبيعتها - عن القوى المتحركة غير أن ما كانت تنطوي عليه هذه الحالات من قوة قد أتيح له قدر من التبلور والاستقرار، فليس الفرق بينهما في وجود القوة أو عدم وجودها، وإنما في بلوغها مرحلة الاستقرار أو بقائها دون هذه المرحلة.

٤٩٠- نظرية السببية الملائمة:

تذهب هذه النظرية إلى التفرقة بين عوامل النتيجة الإجرامية والاعتداد ببعضها دون بعض: فإذا كانت جميعاً لازمة لإحداث النتيجة على النحو الذي حدثت به، فإن بعضها فقط يتضمن اتجاهاً إليها، ويعبر عن خطورة وميل نحوها، وتكمن فيه تبعاً لذلك، ما اصطلح أنصار هذه النظرية على التعبير عنه "بالإمكانات الموضوعية"، أي الإمكانات التي من شأنها إحداث النتيجة. وترى هذه النظرية أن علاقة السببية تقوم بين النتيجة الإجرامية وهذه العوامل دون سائر العوامل.

ويقتضي تطبيق هذه النظرية «تجريد» التسلسل السببي من ملابساته الواقعية غير ذات الأهمية.

وللتجريد مرحلتان: **المرحلة الأولى** استبعاد بعض عوامل النتيجة، وهي العوامل الشاذة غير المألوفة، والاقتصار على الاعتداد بالعوامل العادية المألوفة، وهذه العوامل هي وحدها التي يضاف تأثيرها إلى آثار الفعل، لتحديد ما ينطوي عليه من إمكانات. **والمرحلة الثانية من التجريد،** تقتضي أن تستبعد من النتيجة

ظروفها الواقعية لكي تحدد باعتبارها نوعاً مجرداً من النتائج الإجرامية، ولكن هذا التجريد لا يستتبع إغفال الوسيلة التي حدثت بها النتيجة.

وللتحقق من توافر علاقة السببية بين فعل المكلف والنتيجة الإجرامية ينبغي التساؤل عما إذا كان الفعل – مقترناً بالعوامل العادية المألوفة – يتضمن المقدرة على تحريك القوانين الطبيعية التي من شأنها إحداث النتيجة عن طريق الوسيلة التي حدثت بها: فإذا كانت الإجابة إثباتاً فعلاقة السببية متوافرة، أما إذا كانت نفياً فهي غير متوافرة.

ولتوضيح ذلك نستعين بالمثال التالي: أصاب الجاني شخصاً بجروح قاصداً قتله، ولكن المجني عليه لم يمت بجروحه، وإنما مات في حريق المستشفى الذي نقل إليه. فإذا أردنا التحقق مما إذا كانت علاقة السببية متوافرة بين فعل الإصابة ووفاته، فإن الإصابة تختلف باختلاف ما إذا أخذنا بنظرية تعادل الأسباب، أم بنظرية السببية الملائمة: فطبقاً للنظرية الأولى، تعد هذه العلاقة متوافرة، إذ لولا الجروح ما نقل المجني عليه إلى المستشفى وما هلك في حريقها، ويعني ذلك أن هذه النظرية تضيف إلى فعل الجاني جميع العوامل التي أسهمت في إحداث الوفاة، ومن بينها الحريق، فتتضخم بذلك آثاره، ويغدو منطقياً القول بأنه سبب الوفاة. أما إذا أخذنا بنظرية السببية الملائمة، فيتعين أن يستبعد حريق المستشفى من التسلسل السببي، وأن تستبعد من النتيجة ظروفها الواقعية، فتحدد باعتبارها «وفاة إنسان عن طريق الحريق". وبعد ذلك نضع السؤال الآتي: هل إحداث جروح بشخص فعل ينطوي على الإمكانات الموضوعية التي تجعل من شأنه إحداث الوفاة عن طريق الحريق؟ من البديهي أن تكون الإجابة بالنفي، فيكون مقتضى ذلك اعتبار علاقة السببية غير متوافرة.

وعند تحديد القيمة العلمية لهذه النظرية، فإن أهم ما يدعمها أنها تحصر علاقة السببية في نطاق معقول، فتتفادى بذلك القول بالمسئولية الجنائية في حالات تناقض العدالة. وبالإضافة إلى ذلك، فلهذه النظرية طابع تشريعي، إذ لا تجمع بين عوامل النتيجة دون تفرقة، وإنما تميز بينها، فتنتقي ما كان ذا أهمية وتستبعد ما دون ذلك. وفي النهاية، فإن هذه النظرية لا تعترف بتوافر علاقة السببية بين فعل ونتيجة إلا حيث يكون ذلك الفعل صالحاً لأن تقوم من أجله مسئولية جنائية. فتتفادى بذلك إقرار علاقة السببية حيث لا تكون من وراء ذلك جدوى.

ولكن هذه النظرية، يعيبها أن فكرة «الإمكانات الموضوعية»، وهي جوهر النظرية، ليست من عناصر مشكلة السببية، ذلك أن «الإمكانات الموضوعية» التي ينطوي عليها الفعل وتحدد اتجاهه إلى إحداث النتيجة الإجرامية، ومدى ما يتضمنه من خطورة على الحق الذي يحميه الشارع، كل ذلك بحث في خصائص الفعل وصفاته، لا في الرابطة التي تصل بينه وبين النتيجة. والدليل على صحة هذا النقد أننا نستطيع القول بتوافر هذه الإمكانات في الفعل، على الرغم من أنه لم تتحقق نتيجة إجرامية، ولم يثر تبعاً لذلك بحث في علاقة السببية: فإذا أطلق شخص الرصاص في اتجاه آخر بنية قتله ولكن لم تحدث الوفاة، فإن الإمكانات الموضوعية التي من شأنها إحداث النتيجة متوافرة في الفعل دون شك، وعلى الرغم من ذلك فلا وجود لعلاقة سببية، لأنه لا وجود للنتيجة الإجرامية ذاتها. ويعني ذلك أن معيار النظرية متحقق، ولكن علاقة السببية غير قائمة. وبالإضافة إلى ذلك، فإن هذه النظرية تقوم على استبعاد بعض عوامل النتيجة، وإغفال تأثيرها الذي أسهمت به في إحداث النتيجة، ومن العسير في المنطق تفسير هذه الخطة، إذ كيف يقبل العقل أن يستبعد من عداد أسباب النتيجة عوامل أسهمت فعلاً في إحداثها وثبت أنه بدونها ما كانت تتحقق.

المطلب الثاني

علاقة السببية في التشريع الوضعي

٤٩١ – تمهيد:

لا تضع التشريعات الوضعية التقليدية معياراً لعلاقة السببية، تاركة تحديد هذا المعيار للفقه والقضاء، وهي تقدر في ذلك أن تحديد هذا المعيار هو تنظيم لموضوع تفصيلي يغلب عليه الطابع الواقعي؛ بالإضافة إلى أنه يغلب أن يرد عليه التطور بتأثير التقدم الذي تحرزه النظريات العلمية التي تهتم بأبحاث السببية. وبناء على ذلك، لا يكون تحديد هذا المعيار من اختصاص التشريع. ومن أمثلة التشريعات التي اتبعت هذه الخطة القانون الفرنسي – سواء القانون القديم أو القانون الحالي – والقانون الألماني، ومن بين التشريعات العربية التي اتبعت هذه الخطة القانون المصري.

ولكن تشريعات حديثة رأت من الملائم أن تنص على تحديد معيار علاقة السببية، وكان سندها في ذلك أهمية هذه العلاقة في المسئولية الجنائية، باعتبارها شرطاً لمسئولية مرتكب الفعل عن النتيجة الإجرامية؛ وذلك بالإضافة إلى تعدد نظريات السببية والحاجة إلى استقرار القضاء على معيار معين. والتشريع الذي كانت له الريادة في ذلك هو قانون العقوبات الإيطالي، وقد تبعه في هذه الخطة من بين التشريعات العربية القانون اللبناني والقانون السوري والقانون الأردني.

٤٩٢- معيار علاقة السببية في قانون العقوبات الإيطالي:

نصت المادة ٤٠ من قانون العقوبات الإيطالي، في فقرتها الأولى على أنه "لا يعاقب شخص من أجل واقعة إذا ثبت أن الحادثة الضارة أو الخطرة التي يتوقف عليها وجود الجريمة ليست نتيجة لعمله أو امتناعه". وهذا النص قرر المبدأ العام في علاقة السببية، واعتبارها شرطاً للعقـــاب من أجل الجريمة، فإذا ثبت انتفاؤها فإن المسئولية من أجل الجريمة لا تقوم، والعقاب لا يوقع.

ونصت المادة ٤١ في فقرتها الأولى على أن «إسهام أسباب سابقة أو معاصرة أو لاحقة على فعل المتهم، ولو كانت مستقلة عن عمله أو امتناعه، لا ينفي علاقة السببية بين العمل أو الامتناع وبين النتيجة". وهذا النص يضع مبدأ تسلم به جميع نظريات السببية مؤداه أن إسهام عوامل أخرى مع الفعل في إحداث النتيجة الإجرامية لا ينفي علاقة السببية بينه وبين النتيجة. وقد حرص الشارع الإيطالي على تقرير النطاق العام لهذا المبدأ، فقرر أنه يستوي كون العوامل التي تدخلت إلى جانب الفعل سابقة له أو معاصرة له أو لاحقة عليه. وقرر كذلك أنه سواء أن تكون مستقلة عن الفعل أو مرتبطة به، أي تابعة له، بصلة ما: ففي جميع الأحوال لا تنتفي علاقة السببية بتدخلها.

ونصت المادة ٤١ في فقرتها الثانية على أن "العوامل اللاحقة على الفعل تنفي علاقة السببية إذا ثبت أنها كانت وحدها كافية لإحداث النتيجة. وفي هذه الحالة، إذا كان العمل أو الامتناع السابق على تدخل هذه العوامل يعد في ذاته جريمة، وقعت العقوبة المقررة من أجلها". وقد ذكر الشارع الإيطالي في هذا النص حالة تنتفي فيها علاقة السببية بين الفعل والنتيجة بتدخل عامل توافر فيه شرطان: **الأول**، أن يكون لاحقاً على الفعل؛ والثاني، أن يكون كافياً وحده لإحداث النتيجة. ويمثل هذا النص تحفظاً وارداً على الأصل العام الذي قررته

الفقرة الأولى. ونصت المادة ٤١ في فقرتها الثالثة على أن: «النصوص السابقة تطبق ولو كان العامل السابق أو المعاصر أو اللاحق فعلاً غير مشروع صادراً عن شخص غير المتهم» وقد أراد الشارع بهذا النص أن يحدد نطاق المبادئ التي قررها في الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٤١، فقرر أن نطاقها لا يقتصر على حالات إسهام عوامل طبيعية مع فعل المتهم في إحداث النتيجة، بل تطبق ولو كانت هذه العوامل تتمثل في أفعال غير مشروعة صادرة عن أشخاص آخرين. ويستوي – بناء على عموم عبارة النص – أن يصدر هذا الفعل عن المجني عليه نفسه أو عن شخص ثالث. وإذا كانت هذه المبادئ تطبق ولو تدخل في التسلسل السببي فعل غير مشروع لغير المتهم، فإنها تطبق من باب أولى إذا كان هذا الفعل مشروعاً.

وبالجمع بين فقرات المادة ٤١ من قانون العقوبات الإيطالي نخلص إلى القول بأنه إذا كان العامل سابقاً أو معاصراً لفعل المتهم، فهو لا ينفي إطلاقاً علاقة السببية، ولو كان هذا العامل فعلاً غير مشروع لغير المتهم. أما إذا كان هذا العامل لاحقاً فهو ينفي هذه العلاقة إذا كان كافياً وحده لإحداث النتيجة الإجرامية، ويعني ذلك أن العامل اللاحق لا ينفي علاقة السببية إذا لم يكن كافياً وحده لإحداث النتيجة، ولو اتخذ صورة فعل غير مشروع صادر عن غير المتهم.

٤٩٣- معيار علاقة السببية في قانون العقوبات اللبناني والقوانين العربية التي تأثرت به:

نصت المادة ٢٠٤ من قانون العقوبات اللبناني على أن "الصلة السببية بين الفعل وعدم الفعل من جهة وبين النتيجة الجرمية من جهة أخرى لا ينفيها اجتماع أسباب سابقة أو مقارنة أو لاحقة سواء جهلها الفاعل أو كانت مستقلة عن فعله. ويختلف الأمر إذا كان السبب اللاحق مستقلاً وكافياً بذاته لإحداث النتيجة الجرمية. ولا يكون الفاعل في هذه الحالة عرضة إلا لعقوبة الفعل الذي ارتكبه". وهذا النص تكمله المادة ٥٦٨ التي تقرر أنه "إذا كان الموت والإيذاء المرتكبان عن قصد أو غير قصد نتيجة عدة أسباب جهلها الفاعل كانت مستقلة عن فعله أمكن تخفيض العقوبة بالمقدار المبين في المادة ٢٠٠".

وقد أخذت بعض التشريعات العربية عن الشارع اللبناني المعيار الذي قرره لعلاقة السببية، بل لقد نقلت عنه حرفياً العبارات التي استخدمها في صياغة هذا المعيار.

وأهم القوانين التي نقلت عن قانون العقوبات اللبناني قانون العقوبات السوري: فالمادة ٢٠٣ من هذا القانون تطابق جزئياً المادة ٢٠٤ من قانون العقوبات اللبناني، والمادة ٥٥٤ من القانون السوري تطابق حرفياً كذلك المادة ٥٦٨ من قانون العقوبات اللبناني.

واقتبس الشارع العراقي المادة ٢٩ من قانون العقوبات العراقي عن القانون اللبناني: فقد نصت هذه المادة على أنه "لا يسأل شخص عن جريمة لم تكن نتيجة لسلوكه الإجرامي، لكنه يسأل عن الجريمة ولو كان مع سلوكه الإجرامي في إحداثها سبب آخر سابق أو معاصر أو لاحق ولو كان يجهله. أما إذا كان ذلك السبب وحده كافياً لإحداث نتيجة الجريمة فلا يسأل الفاعل في هذه الحالة إلا عن الفعل الذي ارتكبه.

ويقترب من القانون اللبناني نص المادة ٥٨ من قانون العقوبات الليبي، وإن كان يبدو أن الشارع الليبي قد استمد نصه من القانون الإيطالي مباشرة، إذ تكاد المادتان ٥٧ ، ٥٨ تطابقان حرفياً المادتين ٤٠ ، ٤١ من قانون العقوبات الإيطالي.

المطلب الثالث

معيار علاقة السببية في القضاء

٤٩٤ – تمهيد:

نكتفي بعرض معيار علاقة السببية في قضاء محكمة النقض المصرية، باعتباره القضاء الذي تحددت معالمه، واستقرت فيه صياغة محددة لهذا المعيار، وتعددت تطبيقاته في صورة مضطردة.

٤٩٥ – صياغة معيار علاقة السببية في قضاء محكمة النقض المصرية:

وضعت المحكمة لمعيار علاقة السببية الصياغة الآتية التي تميزت بالإيجاز والإحكام، فقالت "العلاقة السببية في المواد الجنائية علاقة مادية تبدأ

بفعل المتسبب وترتبط من الناحية المعنوية بما يجب عليه أن يتوقعه من النتائج المألوفة لفعله إذا أتاه عمداً أو بخروجه فيما يرتكبه بخطئه عن دائرة التبصر بالعواقب العادية والتصون من أن يلحق عمله ضرراً بالغير"[٤٠١].

٤٩٦- عناصر معيار علاقة السببية:

يقوم معيار علاقة السببية في قضاء محكمة النقض المصري على عنصرين: عنصر مادي وعنصر معنوي.

فالعنصر المادي قوامه العلاقة المادية التي تصل ما بين الفعل والنتيجة الإجرامية. والحجة في تطلب هذا العنصر أن هذه العلاقة تمثل القدر الأدنى الذي تقتضيه كل علاقة سببية، وإن انتفت فمعنى ذلك انعدام كل صلة بين الفعل والنتيجة، واستحالة تصور علاقة السببية أيا كان معيارها.

أما العنصر المعنوي لعلاقة السببية، فهو يختلف باختلاف ما إذا كانت الجريمة عمدية أو غير عمدية: فإذا كانت عمدية فإن علاقة السببية تقف عند النتائج المألوفة للفعل التي كان يجب على الجاني أن يتوقعها. أما إذا كانت غير عمدية، فإن هذا العنصر يقتضي خروج الجاني "فيما يرتكبه بخطئه عن دائرة التبصر بالعواقب العادية لسلوكه والتصون من أن يلحق عمله ضرراً بالغير".

ويعني ذلك أن العنصر المعنوي لعلاقة السببية في الجرائم العمدية يفترض أن النتيجة الإجرامية مألوفة وأنه يجب على الجاني توقعها. والأمران غير منفصلين، إذ أن وجوب التوقع يفترض استطاعته لأنه لا تكليف بما لا يستطاع، واستطاعة التوقع لا محل لها إلا بالنسبة للنتائج المألوفة المعتادة. أما النتائج الشاذة غير المألوفة فليس في استطاعة الجاني أن يتوقعها، وليس ذلك واجباً عليه. وعلى هذا النحو، نستطيع التعبير عن هذا العنصر بقولنا إنه يقوم "باستطاعة الجاني توقع النتيجة الإجرامية، ووجوب ذلك عليه" ومن السائغ اعتبار الصفة المألوفة للنتيجة قرينة على استطاعة التوقع ووجوبه. أما إذا كانت

---

[٤٠١] نقض ٢٧ يناير ١٩٥٩ مجموعة أحكام محكمة النقض س ١٠، رقم ٢٣ ص ٩١؛ ١٣ ديسمبر ١٩٦٠ س ١١ رقم ١٧٦ ص ٩٠٤؛ ٢ ديسمبر ١٩٦٢ س ١٣ رقم ١٩٦ ص ٨١٠؛ ١٤ أكتوبر ١٩٦٥ س ١٦ رقم ١٢٧ ص ٦٦٢؛ ١٤ يونية ١٩٦٦ س ١٧ رقم ١٥٢ ص ٨٠٦؛ ٢٧ مارس ١٩٦٧ س ١٨ رقم ٨٤ ص ٤٤٥؛ ٢٦ نوفمبر ١٩٧٣ س ٢٤ رقم ٢٢٠ ص ١٠٧٢؛ ٨ نوفمبر ١٩٧٦ س ٢٧ رقم ١٩٤، ص ٨٥٨؛ ٢٦ مارس ١٩٧٩ س ٣٠، رقم ٧٩ ص ٣٨١؛

الجريمة غير عمدية، فإن العنصر المعنوي لعلاقة السببية يفترض أن النتيجة حدثت علي نحو يوصف فيه إحداثها بالخطأ غير العمدي، أي أنه يتعين أن تتوافر علاقة ذهنية بين الجاني والنتيجة يكون من شأنها إسباغ وصف الخطأ علي كيفية إحداث النتيجة. وهذا التحديد مستخلص من عبارات محكمة النقض، إذ تجعل توافر هذا العنصر رهناً بخروج الجاني عن دائرة التبصر والتصون، أي إخلاله بواجبات الحيطة والحذر المفروضة عليه؛ ولا يتوافر هذا العنصر إلا بالنسبة للعواقب العادية للسلوك الإجرامي.

وخطة محكمة النقض في تحديدها معيار علاقة السببية أنها تعتبر هذه العلاقة في أصلها علاقة مادية قوامها الصلة التي تربط بين الفعل والنتيجة، وتنشأ بكون الفعل أحد عوامل النتيجة، وضابطها أن يثبت أنه لولا ارتكاب الفعل ما حدثت النتيجة. ولكن المحكمة لا تقنع بهذه الرابطة، إذ تراها ممتدة إلي نتائج بعيدة عن الفعل ذات صلة ضعيفة به، وتقدر أن اعتبارات العدالة تأبي أن يُسأل الجاني عنها، ولذلك تقيدها عن طريق العنصر المعنوي. وبناء علي ذلك، فإن العنصر المعنوي يرد علي الصلة المادية، فيحدد منها القدر الذي تكون له أهمية قانونية، فتقوم به علاقة السببية التي يعتد بها القانون، أما ما عدا هذا القدر فمجرد من الأهمية القانونية.

المطلب الرابع

معيار علاقة السببية في الفقه الإسلامي

٤٩٧ – تمهيد:

لم ترد في الفقه الإسلامي نظرية عامة تحدد معيار علاقة السببية، وإنما فضل الفقهاء إيراد قواعد جزئية لحل مشكلات علاقة السببية في الجرائم المتنوعة.

وقد حاول الأستاذ عبد القادر عودة استقراء بعض القواعد العامة في تحديد معيار علاقة السببية[٤٠٢]. ونعرض فيما يلي لهذه القواعد.

---

[٤٠٢] الأستاذ عبد القادر عودة، جـ ٢، ص ٤٥٩.

٤٩٨- معيار علاقة السببية في الفقه الإسلامي في رأي الأستاذ عبد القادر عودة:

القاعدة أن "الجاني يسأل عن نتيجة فعله إذا كان فعله وحده هو علة النتيجة، أو كان لفعله إذا نظرنا إليه منفرداً عن غيره دخل في إحداث النتيجة، فالجاني مسئول عن نتيجة فعله سواء كان هو الذي أحدث النتيجة وحده أو كان أحد العوامل التي اشتركت في إحداثها.

والملاحظ علي هذا القول أنه لا يتصور أن يحدث فعل الجاني النتيجة الإجرامية وحده، إذ النتيجة علي ما تقدم لا تحدث إلا بناء علي إسهام عوامل متعددة يكون من بينها فعل الجاني، والقول بأن الجاني يسأل عن نتيجة فعله إذا كان أحد العوامل التي اشتركت في إحداثها هو أخذ بنظرية تعادل الأسباب التي تكتفي للقول بتوافر علاقة السببية بين الفعل والنتيجة بكونه أحد العوامل التي كان لها نصيب من الإسهام في إحداثها، ولو كان هذا الإسهام محدوداً.

وقد ذكر تفصيلاً لذلك ما يؤكد تبنيه لهذه النظرية، فقرر توافر علاقة السببية ولو كانت بالمجني عليه من قبل إصابات ناشئة عن فعل مباح أو كانت هذه الإصابات غير عمدية، ويطبق ذات الحكم، أي تتوافر علاقة السببية ولو كانت هذه الإصابات – بنوعيها – لاحقة على فعل الجاني وليست سابقة عليه، ذلك أنه لا عبرة في القول بتوافر علاقة السببية بتكييف أحد العوامل التي أسهمت مع الفعل في إحداث النتيجة من حيث مشروعيته أو صورة الركن المعنوي التي اقترنت به. وأضاف إلى ذلك أنه لا يحول دون توافر علاقة السببية أن فعل الجاني أقل العوامل إسهاماً في إحداث النتيجة؛ ولا يحول دون توافر هذه العلاقة خطأ المجني عليه في علاج نفسه أو إهماله العلاج، أو خطأ الطبيب المعالج، أو ضعف صحة المجني عليه.

وتكلم المؤلف بعد ذلك في "انقطاع فعل الجاني». ويعني به انقطاع علاقة السببية، ويذكر أمثلة يجمع بينها أنه تدخل في التسلسل السببي عامل لاحق على الفعل استبعد إسهامه في إحداث النتيجة، واستأثر دونه بإحداثها، كما لو جرح شخص آخر بقصد قتله ثم جاء شخص آخر قطع رقبة الجريح، فيعتبر الشخص الأول جارحاً لا قاتلاً، «لأن فعله انقطع عمله وانقضى أثره بفعل الثالث" وتتفق هذه القاعدة مع نظرية تعادل الأسباب.

وقد أشار المؤلف إلى ما عبر عنه "بتوالد العلل والمسببات"، ويريد به حالات لا يكون فيها فعل الجاني هو العلة المباشرة للنتيجة، وإنما تتوالد العلل وتتوالى بين الفعل والنتيجة بحيث تضعف صلة السببية بين فعل الجاني والنتيجة التي يسأل عنها، ويبعد الفعل عن النتيجة. ومثال ذلك أن يصيب الجاني المجني عليه بجراح بقصد قتله ثم ينقل المجني عليه إلى مستشفى، فيشب فيه حريق يناله فيموت محترقاً. ويعني المؤلف بهذا الفرض حالة تدخل عوامل لاحقة على الفعل أسهمت معه في إحداث النتيجة، ويثور التساؤل في هذا الفرض عما إذا كانت هذه العوامل تقطع صلة السببية بين الفعل والنتيجة، فتقتصر على الصلة بين الفعل والنتيجة التي تحققت قبل تدخل هذه العوامل، وهي في المثال السابق الجروح التي ترتبت على الفعل. ويرى أن حسم هذه المشكلة يقتضي التمييز بين أنواع ثلاثة من هذه العوامل، هي: العلل والأسباب الحسية، والعلل والأسباب الشرعية، والعلل والأسباب العرفية.

فالعلل والأسباب الحسية يراد بها العلل التي تتولد عنها النتائج تولداً محسوساً مدركاً، بغض النظر عما إذا كانت النتيجة قد تولدت عن العلة مباشرة أو كانت قد تولدت عن علة متولدة عن العلة الأولى، فكلما كان فعل الجاني علة محسوسة ومدركة للنتيجة فهو مسئول عنها.

والعلل والأسباب الشرعية يراد بها العلل والأسباب التي تولد نتائج يسأل عنها الجاني بمقتضى النصوص الشرعية، كاعتبار شاهد الزور في جريمة القتل قاتلاً للمحكوم عليه. هذا النوع من العلل يتحمل الجاني نتيجته التي ترتبها عليه النصوص، مهما بعدت النتائج وضعفت صلة السببية بين النتائج والفعل.

والعلل والأسباب العرفية يراد بها كل علة أو سبب لا يولد النتائج توليداً حسياً أو شرعياً، وتنسب العلة أو السبب إلى العرف، لأن حد السببية هو الحد المتعارف عليه؛ أي ما أقره عرف الناس وقبلته عقولهم. ويضرب لذلك مثلاً حالة ما إذا خرق الجاني قارباً يركبه المجني عليه بقصد إغراقه، فلما أشرف القارب على الغرق ألقى المجني عليه بنفسه في الماء، فالتقمه حوت، فالجاني مسئول عن موت المجني عليه، وذلك على الرغم من توالد العلل وتواليها، وبعد النتيجة عن الفعل، لأن العرف يعتبر صلة السببية قائمة على الرغم من ذلك كله ويعتبر الجاني قاتلاً. وإذا ضرب الجاني شخصاً بقصد قتله فأحدث به إصابات استلزم علاجها وضع المجني عليه في مستشفى، ثم حدث زلزال أدى لهدم

المستشفى وموت المجني عليه تحت الأنقاض، فإن الجاني يسأل باعتباره جارحاً فقط، ولا يسأل عن النتيجة النهائية وهي الموت، ولو أن الموت كان علة لوجود المجني عليه بالمستشفى، وكان وجوده بالمستشفى علة لفعل الجاني، لأن العرف لا يعتبر الجاني قاتلاً في هذه الحالة.

والنظرية التي ينسبها الباحث إلى الفقه الإسلامي هي في مجملها نظرية تعادل الأسباب، فهذه النظرية تقرر مسئولية الجاني عن النتيجة الإجرامية إذا كان فعله هو أحد العوامل التي أسهمت في إحداثها، ولو كان هذا الفعل هو أقل العوامل إسهاماً في إحداث هذه النتيجة، وهو عين ما تقول به هذه النظرية.

وما يذكره الباحث بعد ذلك من انتفاء علاقة السببية بين فعل الجاني والنتيجة الإجرامية إذا تدخل في التسلسل السببي عامل لاحق استبعد دور الفعل في إحداث النتيجة وابتدأ تسلسلاً سببياً جديداً كان كافياً بذاته لإحداث النتيجة، مما يعني أن الفعل لم يعد من بين العوامل التي أسهمت في إحداث النتيجة، فلا وجه لإسناد سببية النتيجة إليه. ويتفق ذلك مع ما تقرره نظرية تعادل الأسباب.

وقد وضع الباحث تأصيلاً لهذه المشكلة التي عبر عنها "بتوالد العلل والمسببات". ففي مجال العلل والأسباب الحسية تتوافر علاقة السببية، ولو كانت النتيجة قد تولدت عن علل محسوسة مدركة متولدة عن الفعل. ويتفق ذلك مع ما تقرره نظرية تعادل الأسباب. وفي مجال العلل والأسباب الشرعية، فإن علاقة السببية متوافرة كذلك بين الفعل والنتيجة، إذ لولا شهادة الزور، ما حكم القاضي بالإعدام، وما نفذ الحكم بالإعدام. ولكن ما يميز هذه الحالة أن الشارع يسائل شاهد الزور عن موت المحكوم عليه بالإعدام على الرغم من أنه لم يثبت أنه قصد ذلك، أو توافر في حقه خطأ بالنسبة له، وهي "مسئولية مفترضة". ويعني ذلك أن هذا الفرض لا يثير مشكلة تتصل بعلاقة السببية، وإنما يثير مشكلة تتصل بالركن المعنوي للجريمة، ويمثل خروجاً على أصل تطلب القصد أو الخطأ لقيام المسئولية. وما يقرره الباحث بعد ذلك من الاحتكام إلى العرف لتحديد ما إذا كانت علاقة السببية متوافرة بين الفعل والنتيجة أم غير متوافرة يعيبه أن مشكلة علاقة السببية في ذاتها مشكلة علمية يحكمها المنطق الدقيق مما يجعل استمداد معيارها من العرف الذي لا تسانده دائماً معطيات علمية أمراً محل نظر. وبالإضافة إلى ذلك، فنحن في غنى عن الاحتكام إلى العرف ذلك أن

الأمثلة التي ذكرها تدليلاً على رأيه تتفق في خلاصتها مع المعيار الذي تقول به نظرية تعادل الأسباب.

ونحن لا نستطيع أن ننسب إلى الفقه الإسلامي إقرار نظرية معينة في تحديد معيار علاقة السببية، فلم ترد نصوص في هذا الشأن، ولم ينعقد فيه إجماع، بل إن الفقهاء لم يحاولوا وضع نظرية عامة تؤصل قواعد السببية في الجرائم على تنوعها، مكتفين بوضع حلول تفصيلية لما تثيره علاقة السببية من صعوبات في أهم الجرائم.

وبناء على ذلك، فإن من حق الباحث في الفقه الجنائي الإسلامي أن يرجح إحدى نظريات السببية التي يقرر أنها الأدنى إلى المنطق والأقسط فيما تؤدي إليه من نتائج، ولا حرج عليه في ذلك، إذ لا مجال لأن ينسب إليه الخروج بما يقول به على أصل من أصول الشريعة الإسلامية.

ونحن نرى ترجيح نظرية تعادل الأسباب: فهذه النظرية تحدد علاقة السببية على النحو الصحيح، باعتبارها علاقة مادية بين الفعل والنتيجة، متفادية الخلط بينها وبين ما هو غريب عليها، غير متسق مع طبيعتها ودورها الشرعي: فأهمية علاقة السببية – على ما تقدم – هي تحديد الركن المادي للجريمة، وليس من شأنها أن تخلع على هذا الركن تكييفاً شرعياً، أو تقول بتوافر الركن المعنوي للجريمة. وبناء على ذلك فإنه إذا جعلنا دور علاقة السببية منحصراً في نطاق الركن المادي للجريمة، فإننا نقرر أن تحديدها باعتبارها علاقة مادية على النحو الذي تقول به نظرية تعادل الأسباب هو التحديد الصحيح.

ولا يعيب ذلك أن هذه النظرية تعترف لعلاقة السببية بنطاق متسع، فالعناصر الأخرى للمسئولية الجنائية كفيلة بأن ترسم لها نطاقاً معقولاً. ولا يهبط بقيمة هذه النظرية القول باعتمادها على المنطق المجرد وافتقارها إلى الطابع الشرعي المستمد من نظرية المسئولية الجنائية، ذلك أن تحديد القيمة الشرعية لماديات الجريمة، وإبراز سائر الاعتبارات الشرعية في المسئولية الجنائية ليس من وظيفة علاقة السببية، وإنما هو من شأن الركنين الشرعي والمعنوي للجريمة.

وقد قلنا في نقد "نظرية السببية الملائمة" أنها تعتمد على معيار لا صلة بينه وبين مشكلة السببية، وبينا كيف أن فكرة "الإمكانات الموضوعية" متعلقة بخصائص الفعل وصفاته، وأنها تحدد مقدار خطورته على المصلحة التي

يحميها الشارع، وهي لذلك قد تتوافر للفعل على الرغم من أن علاقة السببية غير متوافرة بينه وبين النتيجة الإجرامية.

ولكنا نضيف إلى ذلك أن لهذه الفكرة أهميتها في المسئولية الجنائية، وإن كان ذلك عن غير طريق السببية: فالإمكانات الموضوعية التي ينطوي عليها الفعل وتحدد مقدار خطورته بالنسبة لنتيجة إجرامية معينة هي شرط لثبوت الصفة غير المشروعة بالنسبة للنص الذي ورد بتجريم إحداث هذه النتيجة. والحجة في ذلك أن خطورة الفعل على المصلحة التي يحميها الشارع هي العلة في تجريمه، ذلك أن صيانة المصلحة هي الاعتبار الذي يوجه سياسة الشارع إلى تجريم الفعل الذي من شأنه الاعتداء عليها، وعلى هذا النحو كان تجريم الفعل مفترضاً صلة بينه وبين النتيجة الإجرامية، وهذه الصلة لا تقوم بعلاقة السببية، إذ هي صلة مجردة. فلا ترتهن بالملابسات الواقعية التي تفترضها كل علاقة سببية، وجوهر هذه الصلة المجردة هو الخطورة الكامنة في طائفة معينة من الأفعال على نوع معين من المصالح.

ونعتقد أن في الاستطاعة الجمع بين نظريتي "السببية الملائمة" و "تعادل الأسباب"، وذلك بعد تحديد الموضع الصحيح لكل منهما: فالأولى تتصل بضابط خضوع الفعل لنص التجريم، وموضعها في الركن الشرعي للجريمة؛ والثانية تحدد معيار علاقة السببية، وموضعها في الركن المادي للجريمة. وتسهم النظريتان بذلك في تحديد النطاق الصحيح للمسئولية الجنائية.

الفصل الثاني

صور الركن المادي للجريمة

٤٩٩- بيان صور الركن المادي للجريمة:

٥٠٠- تقسيم:

يتخذ الركن المادي للجريمة صورة عادية إذا توافرت له جميع عناصره، من فعل ونتيجة وعلاقة سببية بينهما، وكان توافر هذه العناصر راجعاً إلى سلوك شخص واحد؛ إذ توقع عليه وحده العقوبة التي قررها القانون للجريمة.

ولكن الركن المادي للجريمة قد يتخذ صوراً غير عادية، يثور فيها من المشاكل ما يقتضي وضع قواعد خاصة:

فقد تتحقق بعض عناصر هذا الركن دون بعض، كما لو ارتكب الجاني العمل الذي يحظره الشارع، ويعد – بناء على ذلك – "معصية"، ولكن لم تتحقق النتيجة الإجرامية التي كان يستهدف تحقيقها. وقد يرتكب الجاني الفعل وتتحقق النتيجة المستهدفة به، ولكن لا يثبت توافر علاقة السببية بينهما، في هذا الوضع – بشقيه – يثور التساؤل عما إذا كانت توقع على المكلف عقوبة. ويمثل هذا الوضع «جريمة ناقصة» في أحد عناصرها. وإذا قلنا بتوقيع عقوبة، فهل تكون العقوبة المقررة للجريمة التامة أم تكون عقوبة أقل من ذلك؟

ويطلق على هذا الوضع في الفقه الوضعي تعبير «الشروع» ويراد به محاولة ارتكاب جريمة ثم عدم استطاعة إتمامها. وهذا التعبير لم يستعمل في الفقه الإسلامي، ولكن لا نرى مانعاً من استعماله، باعتباره يدل على وضع إجرامي خاص يتعين أن يوضع له الحكم الذي يتفق مع طبيعته ويصدر عن مدى تهديده لمصالح يحميها الشارع.

وقد يكون تحقق بعض عناصر الركن المادي للجريمة أو كلها راجعاً إلى سلوك أشخاص متعددين، بحيث يكون لكل سلوك دوره في الجريمة. والغالب أن

تكون هذه الأدوار غير متعادلة في أهميتها ومدى خطورتها على المصلحة التي يحميها الشارع بالعقاب. والمشكلة التي يثيرها هذا الوضع تدور حول ما إذا كانت العقوبة توقع على جميع من أسهموا في الجريمة باعتبار أن كل واحد منهم كان له دوره في ارتكابها، وإذا كانت توقع عليهم جميعاً، فهل تكون ذات العقوبة أم يكون لكل مساهم القدر من العقوبة الذي يتفق مع أهمية دوره في الجريمة، ومدى خطورته على المصلحة التي يحميها الشارع؛ وإذا قلنا بذلك، فما المعيار لقياس أهمية الأدوار والتمييز بينها؟

ويطلق على هذا الوضع تعبير «الاشتراك»، وينقسم إلى نوعين «الاشتراك المباشر» ، «والاشتراك بالتسبب». ويطلق عليه في الفقه الوضعي الحديث تعبير «المساهمة الجنائية»، وتنقسم كذلك إلى نوعين: «المساهمة الأصلية في الجريمة»، «والمساهمة التبعية فيها».

وندرس فيما يلي هاتين الصورتين للركن المادي للجريمة.

المبحث الأول
الشروع في الجريمة

٥٠١- تمهيد:

قدمنا أن تعبير «الشروع» لم يستعمل في الفقه الإسلامي، وقلنا بجواز استعماله في الفقه الإسلامي الحديث، باعتبار أن دلالته اللغوية تتسع للوضع الذي ينقص من الركن المادي للجريمة أحد عناصره، وعلى وجه التحديد: النتيجة الإجرامية، أو علاقة السببية.

ولم يحاول أئمة الفقه الإسلامي الأجلاء وتابعوهم رضوان الله تعالى عليهم جميعاً وضع نظرية عامة للشروع في الجرائم، على تنوعها. وعلة ذلك تقديرهم عدم الحاجة إليها: ذلك أن كل اهتمامهم كان موجهاً إلى الجرائم ذات العقوبات المقدرة، وهي جرائم الحدود، وجرائم القصاص، أما جرائم التعزير، فقد اكتفوا في شأنها بوضع أصول عامة، تاركين التحديد التفصيلي لأركانها وعقوباتها إلى ولي الأمر والقاضي. ولما كانت عقوبة الحد أو القصاص لا توقع إلا إذا كانت الجريمة تامة، أي استوفى ركنها المادي جميع عناصره، أما إذا نقص أحد

عناصره، فلم نعد بصدد جريمة حد أو قصاص، وصار توقيع عقوبة الحد أو القصاص على هذا الوضع غير جائز، لقوله صلى الله عليه وسلم «من بلغ حداً في غير حد فقد ظلم»، أي أنه لا يجوز توقيع الحد على وضع لم تستكمل فيه جريمة الحد عناصرها. ويطبق هذا الحديث الشريف – قياساً – على عقوبات القصاص، باعتبارها تماثل عقوبات الحدود من حيث كونها «مقدرة». فإذا كان هذا الوضع لا يوقع فيه حد أو قصاص، فإنه تقوم به «جريمة تعزير» إذا كان الفعل الذي قامت به «معصية». فإذا كان هذا الوضع تقوم به جريمة تعزير، فقد رأى الفقهاء ألا حاجة لوضع نظرية عامة تحكمها، إذ لولي الأمر أو القاضي تحديد أركان وعقوبة هذه الجريمة التعزيرية.

ومؤدى ذلك أنه إذا لم يكن الفعل الذي يقوم به الشروع في جريمة تعزيرية «معصية»، فهو لا يصلح لأن تقوم به جريمة تعزيرية، ومن ثم لا يكون عليه عقاب.

وفي مقابل ذلك، فإنه إذا كان الفعل الذي يقوم به الشروع في جريمة حد أو قصاص تقوم به في ذاته جريمة حد أو قصاص، عوقب عليه باعتباره جريمة ذات عقوبة مقدرة، وإن كانت أخف من عقوبة الجريمة التامة التي استهدف الجاني ارتكابها. فإذا شرع الجاني في ارتكاب جريمة قتل، ولكنه لم يستطع إتمامها، ولكن تخلف عن فعله أن فقد المجني عليه عضواً أو حاسة، فإن الجاني يعاقب من أجل جريمة قصاص تامة، هي الإصابة بجرح، ولكن يثور التساؤل كذلك حول ما إذا كان يعاقب كذلك من أجل الشروع في القتل؟

ونرى أنه لا يتعارض مع مبادئ الفقه الإسلامي وضع نظرية عامة للشروع في الجريمة، باعتبار ذلك تأصيلاً لحلول جزئية قال بها الفقهاء، بالإضافة إلى ذلك، فإن المفترض في قانون العقوبات الإسلامي الحديث أن يتضمن تقنيناً للجرائم التعزيرية التي يقدر الشارع الوضعي الإسلامي في مجتمع معين وجوب النص عليها على سبيل الحصر. ومن الملائم أن يتضمن هذا القانون نصوصاً خاصة بالشروع في هذه الجرائم، باعتبار ذلك النتيجة الضرورية للنص على هذه الجرائم، من حيث نطاق العقاب عليه، ومقداره.

٥٠٢- ماهية الشروع:

الشروع هو جريمة ناقصة، ويعني ذلك أنه قد تخلف بعض عناصرها. أما إذا توافرت هذه العناصر جميعاً فالجريمة تامة، ولا محل للبحث في

الشروع. وموضع النقص هو النتيجة الإجرامية أو علاقة السببية، فالحالة الأولى تفترض أن النتيجة لم تتحقق على الإطلاق، مثال ذلك أن يطلق شخص النار على عدوه فلا يصيبه؛ والحالة الثانية تفترض أن النتيجة التي أرادها الجاني قد تحققت، ولكن بناء على سبب آخر غير فعله، أي أن علاقة السببية قد انتفت بين الفعل والنتيجة، مثال ذلك أن يطلق شخص النار على عدوه الذي يوجد في سفينة على وشك الغرق ثم تحدث وفاته كأثر للغرق، لا للجروح اليسيرة التي أصابته. والصورتان تتماثلان: ذلك أن انتفاء علاقة السببية بين الفعل والنتيجة يعني أنه لا صلة بينهما، وأن الفعل لم ينتج أثراً، فتعد النتيجة بالنسبة له كما لو كانت لم تتحقق على الإطلاق. وبناء على ذلك تتماثل الحالتان في عدم تحقق النتيجة بناء على الفعل.

وإذا كان موضع النقص في الشروع هو النتيجة الإجرامية، فمعنى ذلك ألا نقص بالنسبة لسائر عناصر الجريمة، أي أن الشروع يفترض توافر كل عناصر الجريمة التامة، عدا النتيجة أو علاقة السببية. وبناء على ذلك، فإنه إذا كان من أركان الجريمة توافر القصد الجنائي وفق تحديد معين لعناصره، فإن هذا الركن بذات عناصره يتعين توافره في الشروع كذلك.

٥٠٣- علة العقاب على الشروع:

يعاقب الشارع على الجريمة التامة لأنها تقع عدواناً على مصلحة يحميها، ولكن هذا الاعتداء لا يتحقق في الشروع، إذ الفرض فيه عدم تحقق النتيجة التي يتمثل فيها ذلك العدوان. ولذلك يقوم تجريم الشروع على علة أخرى، هي حماية المصلحة من الخطر الذي يهددها: فالأفعال التي يقوم بها الشروع من شأنها إحداث العدوان ولدى مرتكبها نية إحداثه. ويعني ذلك أن ثمة خطراً على المصلحة. وإذا كان الخطر عدواناً محتملاً، وكانت الحماية الكاملة للمصلحة مقتضية حمايته من جميع صور العدوان: حالة أو محتملة، لم يكن بد – بناء على ذلك – من تجريم الشروع.

٥٠٤- أركان الشروع:

يتطلب الشروع ركناً مادياً يتمثل في الفعل الذي استهدف به الجاني تحقيق النتيجة الإجرامية، ويتطلب ركناً معنوياً يتمثل في القصد الجنائي. ويتطلب في

النهاية ركناً يميز بينه وبين الجريمة التامة، هو عدم إتمام الجريمة لأسباب لا ترجع إلى إرادة الجاني.

ونتناول بالدراسة هذه الأركان.

المطلب الأول

الركن المادي للشروع

البدء في التنفيذ

٥٠٥- مراحل الجريمة:

تحديد معيار البدء في التنفيذ يقتضي استظهار المراحل التي تمر بها الجريمة كمشروع إجرامي، وتحديد المراحل التي لا يعاقب الشارع عليها، والمراحل التي يعاقب عليها، والحد الفاصل بين نوعي المراحل هو معيار تحديد البدء في التنفيذ.

ومراحل الجريمة هي: التفكير فيها والتصميم عليها؛ والتحضير لها؛ ثم البدء في تنفيذها. والأصل أن الشارع لا يعاقب على التفكير في الجريمة والتصميم عليها. ولا يعاقب كذلك على التحضير لها. ويبدأ تدخل الشارع بالعقاب حينما يلج الجاني مرحلة التنفيذ، فيبدأ فيه، وقد يستطيع المضي فيه حتى نهايته، فتتم الجريمة، وقد يتوقف عند مرحلة منه، فيتصف فعله بأنه «بدء في التنفيذ».

وبناء على ذلك، فإن «البدء في التنفيذ» يحدد الخط الفاصل بين التحضير للجريمة، وأولى خطوات تنفيذها، أي بيان متى ينتهي التحضير للجريمة ويبدأ تنفيذها.

ونعرض فيما يلي لمراحل الجريمة التي لا يعاقب الشارع عليها، ونعرض بعد ذلك لمراحلها التي يتدخل فيها الشارع بالعقاب.

٥٠٦- التفكير في الجريمة والتصميم عليها:

التفكير في الجريمة والتصميم عليها هو المرحلة النفسية للجريمة إذ الجريمة فيها محض فكرة أو مجرد إرادة. ولا عقاب على هذه المرحلة، ولوثبت

التفكير أو التصميم على نحو لا شك فيه، كما لو اعترف به صاحبه أو أبلغ غيره عنه.

وسند هذه القاعدة هو قول رسول الله صلى الله عليه وسلم «إن الله تجاوز لأمتي عما وسوست أو حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تكلم». وقوله عليه الصلاة والسلام «من هم بحسنة فلم يفعلها كتبت له حسنة، ومن هم بسيئة فلم يفعلها لم يكتب له شيء».

وهذه القاعدة تتفق مع فلسفة الشريعة الإسلامية من حيث أنها لا تحاسب الناس قضاء إلا على ما ظهر من أفعالهم، أما ما كمن في صدورهم من أفكار أو نوايا، وإن خبث، فالحساب عليه عند الله تعالى المطلع على السرائر العليم بها يحاسبهم عليها يوم يبعثون.

وقد شرح هذه الفلسفة الإمام الشافعي رضي الله عنه فقال «إن الله تعالى عز وجل ظاهر على عباده الحجج فيما جعل إليهم من الحكم في الدنيا بأن لا يحكموا إلا بما ظهر من المحكوم عليه وأن لا يجاوزوا أحسن ظاهره، ففرض على نبيه أن يقاتل أهل الأوثان حتى يسلموا وأن يحقن دماءهم إذا ما أظهروا الإسلام ثم بين الله ثم رسوله أنه لا يعلم سرائرهم في صدقهم بالإسلام إلا الله»[٤٠٣]. وقال رضي الله عنه: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا أزال أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، فإذا قالوا لا إله إلا الله فقد عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها وحسابهم على الله". وأضاف الشافعي إلى ذلك تفسيراً لهذا الحديث أن الله تعالى فرض على رسوله أن يقاتل الناس حتى يظهروا أن لا إله إلا الله فإذا فعلوا منعوا دماءهم وأموالهم إلا بحقها يعني إلا بما يحكم الله تعالى عليهم فيها وحسابهم على الله بصدقهم وكذبهم وسرائرهم الله العالم بسرائرهم المتولي الحكم عليهم دون أنبيائه وحكام خلقه»[٤٠٤]. وقال رضي الله عنه «الأحكام على الظاهر، والله ولي الغيب، من حكم بالأركان (أي فهم الشيء بالظن من غير أدلة مادية) جعل لنفسه ما حظر الله تعالى عليه ورسوله، لأن الله عز وجل يتولى الثواب والعقاب على الغيب، لأنه لا يعلمه إلا هو جل ثناؤه، وكلف العباد بأن يأخذوا من العباد بالظاهر، ولو كان لأحد أن يأخذ بباطن عليه دلاله كان ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم. وما

---

(٤٠٣) الأم جـ ٧ ص ٢٦٨.

(٤٠٤) الأم جـ ٦ ص ٢٦٨.

وصفت هنا يدخل في جميع العلم. فإن قال قائل: فما الذي دل عليه ما وصفت من أنه لا حكم بالباطن، قيل كتاب الله تبارك وتعالى ثم سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمر الله تبارك وتعالى في المنافقين، فقد قال لنبيه «إِذَا جَاءكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ إِنَّكَ لَرَسُولُهُ وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّ الْمُنَافِقِينَ لَكَاذِبُونَ * اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً فَصَدُّوا عَن سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّهُمْ سَاء مَا كَانُوا يَعْمَلُون»[٤٠٥]، فأقرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم يتناكحون ويتوارثون، ويقسم لهم إذا حضروا القسمة، ويحكم لهم بأحكام المسلمين، وقد أخبر الله تعالى ذكره عن كفرهم، وأخبر رسوله أنهم اتخذوا أيمانهم جنة من القتل بإظهار الإيمان»[٤٠٦].

وهذا الأصل الشرعي له سنده من منطق التشريع ومن سياسة العقاب: فإذا لم تتعد الجريمة مرحلة التفكير فيها والتصميم عليها، فمؤدى ذلك أنه لا وجود لفعل يرد عليه الإثبات قضاء، ويوقع العقاب عليه. ومن حيث سياسة العقاب، فإن عدم توقيع العقوبة على هذه المرحلة فيه تشجيع على عدم الإقدام على تنفيذ الجريمة، إذ يعتبر بمثابة مكافأة لمن وقف عند مجرد التفكير أو التصميم، ولم يجاوز ذلك إلى التنفيذ؛ في حين أن توقيع العقاب عليه من شأنه أن يدفعه إلى تنفيذ الجريمة وإتمامها طالما أنه سيعاقب في الحالين. بالإضافة إلى ذلك، فإن الكشف عن التفكير في الجريمة أو التصميم عليها يقتضي وضع نظام للتجسس، أو استخدام أساليب الضغط حملاً على اعتراف المتهم بتفكيره أو تصميمه، والأمران منهي عنهما لمخالفتهما لمبادئ الشريعة الإسلامية.

٥٠٧- الأعمال التحضيرية للجريمة:

يراد بالأعمال التحضيرية كل فعل يحوز به الجاني وسيلة ارتكاب الجريمة، كشراء السلاح أو تجهيز المادة السامة أو استعارة أداة فتح الخزانة. وتشمل الأعمال التحضيرية كذلك كل فعل يضع به الجاني نفسه في الموضع الذي يمكنه من الإقدام بعد ذلك على تنفيذ الجريمة، كاتخاذه مكاناً في عربة النقل العام لسرقة بعض مستقليها أو سيره في الطريق الموصل إلى مسكن المجني عليه حيث يريد ارتكاب القتل أو السرقة أو الإتلاف. وفي تعبير عام، يراد بالأعمال التحضيرية كل فعل يهدف به الجاني إلى خلق الوسط الملائم لتنفيذ الجريمة.

---

(٤٠٥) سورة المنافقون الآيتان ١ ، ٢.

(٤٠٦) الأم جـ ٢ ص ٤١.

http://www.rafatosman.com/

إن الأعمال التحضيرية في رأي فقهاء المذهبين الحنفي والشافعي لا تعتبر في ذاتها جريمة لأنها لا تعتبر في ذاتها معصية، إذ لا تهدر مصلحة يحميها الشارع. ومؤدى ذلك، بمفهوم المخالفة أنه إذا كان العمل التحضيري معصية في ذاتها تعين العقاب عليه، ويعاقب عليه كجريمة في ذاته استقلالاً عن الجريمة التي كان التحضير لها. ومثال ذلك أن يحوز الجاني مخدراً أو مسكراً، بنية تخدير المجني عليه أو إسكاره لسرقته أو هتك عرضه، فإنه يعاقب على حيازة المسكر أو حيازة سلاح بغير ترخيص أو شراء سلاح في زمن الفتنة باعتباره في ذاته معصية.

ولكن عدم العقاب قضاء على العمل التحضيري لا ينفي إثم مرتكبه ديانة يحاسبه الله تعالى على ذلك، لأنه سعى إلى ما حرمه الله وخطا خطوات في اتجاه العدوان على مصلحة يحميها[٤٠٧].

ويقول في ذلك الإمام القرافي، وهو من أئمة المالكية في تنقيح الأصول «الوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل، وإلى ما هو متوسط متوسط.

ولكن فقهاء المالكية والحنابلة يرون العقاب على العمل التحضيري وحجتهم في ذلك أن الوسيلة إلى حرام هي في ذاتها حرام، إذ لا يكون الحرام إلا عن طريقها فتأخذ حكمه. وإذا كان الأصل الثابت أن ما لا يتم الواجب إلا به يكون في ذاته واجباً، فإنه يتعين القول بالمقابل أن ما لا تقع المعصية إلا عن طريقه يكون بدوره معصية، ويتعين العقاب عليه»[٤٠٨].

ويقول الإمام ابن القيم، وهو من أئمة الحنابلة «وسائل المحرمات في كراهتها والمنع فيها بحسب إفضائها إلى غاياتها، وارتباطها بها، فوسائل المقصود تابعة للمقصود، وكلاها مقصود، لكنه مقصود قصد الغايات، وهي مقصودة قصد الوسائل: فإذا حرم الله شيئاً، وله طرق «وسائل تفضي إليه» فإنه يحرمها، ويمنع منها تحقيقاً وتثبيتاً له، ومنعاً من أن يقرب حماه، وإذا أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضاً للتحريم، وإغراء للنفوس به، وحكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك كل الإباء». ويضيف إلى ذلك أن «من تأمل

---

(٤٠٧) الإمام محمد أبو زهرة، رقم ٣٨٣ ص ٣٣٦.

(٤٠٨) الإمام القرافي، الفروق، جـ ٢ ص ٣٢.

مصادر الشريعة علم أن الله ورسوله سد الذرائع المفضية إلى المحارم بأن حرمها ونهى عنها، والذريعة ما كانت وسيلة وطريقاً إلى الشيء»[٤٠٩].

ونرى ترجيح رأي الحنفية والشافعية: ذلك أن العمل التحضيري ليس في ذاته معصية، لأنه لا يهدر مصلحة، وبناء على ذلك انتفت العلة في العقاب عليه، إذ لا عقاب إلا على ما يعد معصية. وإذا كان في ذاته معصية استقلالاً عن الجريمة التي كان التحضير لها، فقد توافرت علة أخرى للعقاب عليه، غير علة كونه تحضيراً لجريمة أخرى. وبالإضافة إلى ذلك، فإن العمل التحضيري غامض من حيث دلالته على الاتجاه إلى التحضير لجريمة معينة، ومؤدى ذلك أنه لا يكشف في صورة أكيدة عن نية إجرامية: فشراء سلاح قد يدل على اتجاه إلى ارتكاب جريمة قتل أو جرح، ولكنه قد يدل على اتجاه إلى استعماله في الصيد أو في الدفاع عن النفس؛ وتركيب مادة سامة قد يدل على اتجاه إلى جريمة، ولكنه قد يدل على اتجاه إلى استكمالها في إبادة الحشرات، ويعني ذلك أن صعوبات إثبات النية الإجرامية تقف عقبة ضد الإجراءات الجنائية إذا اعتبر العمل التحضيري للجريمة صورة للشروع فيها[٤١٠]. وبالإضافة إلى ذلك، فإن لهذه القاعدة سندها من سياسة العقاب: ذلك أن عدم العقاب على العمل التحضيري هو تشجيع على العدول عن تنفيذ الجريمة، وهذه المصلحة تتفوق على كل مصلحة للمجتمع يهدف إلى تحقيقها عن طريق توقيع العقاب.

ولكن تجرد العمل التحضيري من الأهمية القانونية إنما يكون بالنسبة للجريمة موضوع التحضير، ويعني ذلك أنه إذا كان معصية في ذاته فإنه يعتبر جريمة متميزة عن هذه الجريمة، ويعاقب عليه بناء على هذه الصفة.

٥٠٨- البدء في التنفيذ:

إذا جاوز الجاني مرحلة العمل التحضيري للجريمة، فبدأ في تنفيذها تعين العقاب، ويعني ذلك أن الانتقال من مرحلة التحضير إلى مرحلة البدء في التنفيذ هو انتقال من مجال الإباحة إلى مجال العقاب.

والصعوبة التي يثيرها البدء في التنفيذ هو تحديد معياره، أي تحديد المعيار الذي يفرق بين العمل التحضيري والبدء في التنفيذ.

---

(٤٠٩) الإمام ابن القيم، أعلام الموقعين، جـ ٣، ص ١١٧.

(٤١٠) الأستاذ عبد القادر عوده، رقم ٢٤٩، ص ٢٤٨.

يجمع الفقهاء على أن هذا المعيار مضمونه أن يكون فعل الجاني معصية في اتجاه الجريمة: فإذا ظهرت العلاقة بين الفعل وبين الجريمة المستهدفة به وكان هذا الفعل في ذاته معصية اعتبر بدءاً في تنفيذها، أما إذا لم يكن كذلك فهو ما يزال في مجال الأعمال التحضيرية. ويستعان في تحديد المعيار بالإضافة إلى ذلك بنية الجاني وثبوت اتجاهها إلى تنفيذ الجريمة[٤١١]. وبناء على ذلك، كان هذا المعيار مزدوج التركيب: فهو موضوعي من حيث اشتراط ثبوت اتجاهه إلى الجريمة، وهو ما يقاس بكمون الخطر فيه تجاهها، أي كونه يقوم به الاحتمال الغالب في أن يعقبه التنفيذ الكامل للجريمة؛ وهو شخصي كذلك، إذ تعتبر نية صاحبه تجاه الجريمة عنصراً فيه.

وتطبيقاً لهذا المعيار، يرى أبو عبد الله الزبيري تعزير الجاني إذا وجد بجوار المنزل المراد سرقته. ومعه مبرد ليستعمله في فتح الباب، أو مثقب لنقب الحائط. ولو أنه لم يبدأ في فتح الباب أو نقب الحائط، إذا ثبت أنه جاء بقصد السرقة؛ ويعزر الجاني إذا وجد متربصاً بجوار محل السرقة يترصد غفوة الحارس ليسرق المتاع الذي يحرسه[٤١٢]. ويعتبر شروعاً في الزنى خلوة الرجل بالمرأة التي يريد الزنى بها، خاصة إذا كانا عاريين أو بالملابس الداخلية أو أغلقا عليهما باب الغرفة التي يختليان بها.

٥٠٩- موضع معيار البدء في التنفيذ في الفقه الإسلامي بين المذهبين الموضوعي والشخصي في الفقه الوضعي:

يسود في الفقه الوضعي مذهبان في تحديد معيار البدء في التنفيذ في نظرية الشروع: المذهب الموضوعي والمذهب الشخصي.

فالمذهب الموضوعي يتطلب للبدء في تنفيذ الجريمة أفعالاً خطرة في ذاتها، ولكن أنصاره لم يتفقوا على صياغة موحدة لمعيار يعبر عن مذهبهم: فذهب رأي إلى أن البدء في التنفيذ هو البدء في ارتكاب الفعل الذي يقوم عليه الركن المادي للجريمة. وحاول رأي ثان أن يوسع من نطاق البدء في التنفيذ، فقال بأنه، أي البدء في التنفيذ، يشمل – بالإضافة إلى البدء في تنفيذ الفعل الذي

---

(٤١١) الأستاذ عبد القادر عوده، رقم ٢٤٩.

(٤١٢) أبو عبد الله الزبيري الماوردي، الأحكـــام السلطـــانية، ص ٢٠٧؛ الإمام محمد أبو زهـــرة، رقم ٣٨٥ ص ٣٣٨.

يقوم عليه الركن المادي للجريمة – كل فعل يعد ظرفاً مشدداً لهذه الجريمة. وتطبيقاً لهذا الرأي، يعد التسور أو الكسر من الخارج بدءًا في تنفيذ السرقة، باعتبارهما ظرفين مشددين لها. وذهب رأي إلى تعريف البدء في التنفيذ بأنه الفعل الواضح الدلالة على النية الإجرامية، فهو لا يحتمل غير دلالة واحدة، هي الدلالة على الاتجاه إلى جريمة معينة، وبذلك يختلف عن العمل التحضيري الذي يحتمل التأويل على وجوه مختلفة[٤١٣].

أما المذهب الشخصي، فإنه يكتفي بأفعال غير خطرة في ذاتها، طالما كانت معبرة على نحو واضح عن خطورة شخصية الجاني ونيته، فقيمة الفعل عند أنصار هذا المذهب أنه مجرد قرينة. وقد تعددت الصيغ التي حاولوا بها تحديد قيمته هذه، وليس بينها اختلاف جوهري، باعتبارها تتفق في تحديد مصدر الخطر ووسيلة إثباته، وإنما تتفاضل بينها من حيث مقدار وضوحها. فيذهب أنصار هذا المذهب إلى صياغة هذا المعيار بالقول بأن البدء في التنفيذ هو «العمل الذي يدل على نية إجرامية نهائية»، أو هو «العمل الذي يكون قريباً من الجريمة بحيث يمكن أن يقال أن الجاني قد أقفل باب الرجوع عنها واضطلع بمخاطرها»، أو هو «الفعل الذي يدخل به الجاني في مرحلة العمل على تنفيذ الجريمة، بحيث يمكن القول بأنه قد أحرق سفنه وخطا نحو الجريمة خطوته الحاسمة واخترق بذلك مجال حقوق غيره» أو هو «العمل الذي يعلن عن عزم إجرامي لا رجعة فيه، ويكون قريباً من الجريمة لا يفصله عنها إلا خطوة يسيرة لو ترك الجاني وشأنه لخطاها». ولكن أوضح الصيغ وأكثرها تأييداً في الفقه والقضاء هي التي تعرف البدء في التنفيذ بأنه «العمل الذي يؤدي حالاً ومباشرة إلى الجريمة»[٤١٤].

وقد رجح المذهب الشخصي في الفقه الوضعي والقضاء، وأهم مزاياه أنه يوسع من دلالة البدء في التنفيذ، ويوسع بناء على ذلك من نطاق الشروع، ويحمي بذلك مصلحة المجتمع. ويذكر للمذهب الشخصي كذلك اتساقه مع فلسفة العقاب على الشروع، إذ الشارع يعاقب الجاني من أجل ما أراد أن يفعل لا من

---

[٤١٣] انظر في تفصيل ذلك، مؤلفنا في شرح قانون العقوبات، القسم العام، ١٩٨٩، رقم ٣٧٥ ص ٣٥٤.

[٤١٤] انظر في تفصيل ذلك، مؤلفنا في شرح قانون العقوبات، القسم العام، ١٩٨٩، رقم ٣٧٦.

أجل ما فعل: فالفرض أن الجاني لم يهدر مصلحة للمجني عليه ولم ينزل به عدواناً فعلياً، ولكنه كان يريد ذلك ثم لم يفلح. وبذلك يكون عقابه على نواياه وإرادته، أكثر منه على نتيجة فعله. ومؤدى ذلك أن العقاب على الشروع ينطوي على ترجيح الجانب الشخصي للجريمة على جانبها المادي، وهو عين ما يقرره والمذهب الشخصي. وقد أخذ على المذهب الشخصي اعتماده على صيغ غير محددة، وقد يشوب بعضها الغموض ويختلف في شأنها التفسير. ولكن يرد على ذلك بأن أنصار هذا المذهب يريدون بهذه الصيغ رسم اتجاه أكثر من وضع قواعد جامدة محددة. ويترتب على ذلك أن هذا المذهب يخول القاضي سلطة تقديرية واسعة في تحديد معيار البدء في التنفيذ. وليس ذلك في ذاته عيباً، بل إن ميزته أن يكفل للقضاء مسايرة التطور، ومواجهة خطورة الجناة في الوقت الحاضر الذين يستعملون في جرائمهم وسائل حديثة أفرزها التقدم التكنولوجي – في جانبه السيئ – وهو ما يتيح لهم تهديد المصالح بالخطر على الرغم من وجودهم في مكان بعيد عنها، وأحياناً عدم ظهورهم على مرأى من المجني عليه أو من رجال السلطة العامة.

وقد أخذت محكمة النقض المصرية بالمذهب الشخصي في تحديد البدء في التنفيذ، فقالت إنه «لا يشترط لتحقق الشروع أن يبدأ الفاعل بتنفيذ جزء من الأعمال المادية المكونة للركن المادي للجريمة، بل يكفي لاعتبار أنه شرع في ارتكاب الجريمة أن يبدأ بتنفيذ فعل ما سابق مباشرة على تنفيذ الركن المادي للجريمة ويقود إليه حتماً. وبعبارة أخرى يكفي أن يكون الفعل الذي باشره الجاني هو الخطوة الأولى في سبيل ارتكاب الجريمة وأن يكون بذاته مؤدياً حالاً وعن طريق مباشر إلى ارتكابها، ما دام قصد الجاني من مباشرة هذا الفعل معلوماً وثابتاً»[٤١٥].

ونعتقد أن الفقه الإسلامي يميل تجاه المذهب الشخصي، وذلك واضح من الأمثلة الذي ذكرها الإمام عبد الله بن الزبيري: فاعتبار من يوجد بجوار المنزل المراد سرقته ومعه مبرد ليستعمله في فتح الباب، أو منقب لينقب به الحائط، ولو

---

[٤١٥] نقض ٢٩ أكتوبر سنة ١٠٣٤ مجموعة القواعد القانونية جـ ٣ رقم ٢٨٢ ص ٣٧٥؛ ١٥ ديسمبر ١٩٥٨ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٩ رقم ٢٥٨ ص ١٠٦٨؛ ١٧ مايو ١٩٦٠ س ١١ رقم ٨٩ رقم ٤٦٣؛ ١١ مارس ١٩٦٣ س ١٤ رقم ٣٧ ص ١٧٨؛ ١٥ أبريل ١٩٧٠ س ٢١ رقم ١٢٥ ص ٥١٨.

أنه لم يبدأ بعد في فتح الباب أو نقب الحائط؛ واعتبار من يوجد مترصداً بجوار محل السرقة يترصد غفوة الحارس ليسرق المتاع الذي يحرسه، إنما يمثل تطبيقاً للمذهب الشخصي في أوسع نطاق له[٤١٦]. ويؤيد أخذ الفقه الإسلامي بالمذهب الشخصي الفكرة التي يقيم عليها نظرية البدء في التنفيذ، وهي – على ما تقدم – أنه يعتبر بدءًا في التنفيذ كل فعل يعتبر معصية في اتجاه الجريمة، ويكشف عن نية ارتكابها. فدلالة هذه الفكرة أنه لا يشترط اتصال هذا الفعل بالركن المادي للجريمة بصلة مادية أو اقترابه منه مادياً، وتقريره اعتبار النية المصاحبة له عنصراً في تحديده: كل ذلك ينطوي على إقرار واضح للمذهب الشخصي، وفي نطاق أوسع مما يقرره أنصاره المحدثون. ويعتبر إقرار الفقه الإسلامي للمذهب الشخصي ميزة كبيرة تذكر له، إذ يكشف عن طابعه الذي استوعب المستقبل، واتسع لتطور الفكر التشريعي، ذلك أن المذهب الشخصي لم يرجح إلا في زمن حديث، بل إنه لم يكتشف أصلاً إلا في هذا الزمن، إذ كان الترجيح من قبل للمذهب الموضوعي، في شبه إجماع للفقه الوضعي[٤١٧].

٥١٠– تطبيق معيار البدء في التنفيذ على الجريمة المستحيلة

٥١١– ماهية الجريمة المستحيلة:

يراد بالجريمة المستحيلة حالة ما إذا لم يكن في وسع الجاني – في الظروف التي أتى فيها فعله – أو في وسع شخص آخر مكانه، في ذات الظروف أن يحقق النتيجة الإجرامية. وأهم أمثلة للجريمة المستحيلة أن يطعن شخص آخر بنية قتله فإذا به ميت من قبل، أو أن يحاول الاستيلاء على مال يعتقد أنه مملوك لغيره فإذا به مملوك له، أو أن يتصل جنسياً بامرأة معتقداً أنها أجنبية عنه فإذا هي زوجته ولم يتبين ذلك للظلام الذي أتى فيه بفعله، أو أن يحاول شخص قتل آخر فيستعمل لذلك مادة غير سامة معتقداً أنها مادة سامة، أو أن يستعمل مادة سامة ولكن بكمية قليلة لا تكفي إحداث الوفاة.

---

(٤١٦) الماوردي، الأحكام السلطانية ص ٢٠٦.

(٤١٧) من أوائل القائلين بالمذهب الشخصي الفقيه الفرنسي ساليي في مقالته في المجلة العقابية سنة ١٨٩٧ صفحة ٦٤؛ والفقيه الألماني بيلنج في مؤلفه: نظرية الجريمة صفحة ٢٤٥.

٥١٢- اختلاف المذاهب في الفقه الوضعي:

يسلم الفقه الوضعي بأنه إذا عاقب الشارع على البدء في التنفيذ فهو يفترض التنفيذ ممكناً. ولكن موضع التساؤل هو تحديد نوع الإمكان الذي يتطلبه الشارع: هل يتطلب كون التنفيذ ممكناً في ذاته، أي ممكناً من وجهة موضوعية؛ أم أنه يكتفي بكون التنفيذ ممكناً في ذهن الجاني وتقديره، أي ممكناً من وجهة نظر شخصية.

اختلفت الآراء في الفقه الوضعي في حكم الجريمة المستحيلة، فذهب رأي إلى القول بأنه لا عقاب على كل حالات الاستحالة، وحجة هذا الرأي أن تنفيذ الجريمة تنفيذاً كاملاً يفترض أن ذلك التنفيذ ممكن، فحيث توجد الاستحالة لا يتصور التنفيذ وما يصدق على التنفيذ الكامل يصدق كذلك على البدء في التنفيذ، فحيث لا يتصور التنفيذ لا يتصور كذلك البدء فيه.

ويعيب هذا الرأي أنه يضيق من نطاق العقاب، فيهدر بذلك مصلحة المجتمع: فمن يضع يده في جيب خال من النقود، ومن يستعمل في تسميم المجني عليه مادة سامة ولكن بكمية تقل قليلاً عما كان كافياً لإحداث الوفاة لا يوقع عليه عقاب على الرغم من أن فعل كل منهما خطر في ذاته، ومن أن المجني عليه كان مهدداً بخطر لم تنقذه منه غير المصادفة البحتة.

وذهب رأي إلى التفرقة بين نوعين من الاستحالة: الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية، والقول بعدم العقاب في حالة الاستحالة المطلقة، والعقاب في حالة الاستحالة النسبية. وضابط التفرقة بين نوعي الاستحالة أن الاستحالة المطلقة هي استحالة عامة مجردة تعرض في جميع الحالات التي يحاول فيها شخص الاعتداء على موضوع الحق نفسه مستعملاً عين الوسيلة، ومن ثم يسوغ القول بأن الحق لم يكن معرضاً لخطر على الإطلاق. أما الاستحالة النسبية، فخاصة بالحالة التي حاول فيها الجاني ارتكاب جريمته، أي ترجع إلى الظروف الواقعية التي أحاطت بموضوع الحق أو وسيلة الاعتداء عليه، وهذه الاستحالة ما كانت تعرض لو ارتكبت الجريمة نفسها في ظروف أخرى مساساً بموضوع آخر للحق، أو عن طريق وسيلة أخرى، ومن ثم يسوغ القول بأن الحق كان معرضاً لخطر فعلي لم تنقذه منه غير المصادفة البحتة. ومثال الاستحالة المطلقة طعن شخص بنية قتله فإذا به ميت من قبل، ومحاولة سرقة مال يعتقد الجاني أنه

مملوك لغيره فإذا به مملوك للجاني نفسه، ومحاولة تسميم شخص بمادة يعتقد الجاني أنها سامة والحقيقة أنها غير سامة على الإطلاق.

ومثال الاستحالة النسبية إطلاق الرصاص على المكان الذي اعتاد الشخص المستهدف بالقتل الوجود فيه، ولكنه تغيب عنه مصادفة، ومحاولة السرقة من حرز خال من النقود[٤١٨].

ويعيب هذا الرأي أنه غير منطقي، إذ الاستحالة – في المنطق والواقع – هي نوع واحد، فمن غير المقبول القول، بأن لها درجات وأنواعاً: فالجريمة إما أن تكون ممكنة، وإما أن تكون مستحيلة، ولا وسط بين الأمرين، والدليل على ذلك أنه إذا نظرنا إلى الحالات التي يقال فيها إن الاستحالة نسبية، وافترضنا أن ظروف ارتكاب الفعل ظلت دون تغيير، فإن تحقيق النتيجة يظل كذلك مستحيلاً.

وذهب رأي ثالث إلى تفرقة أخرى بين نوعين من الاستحالة، الاستحالة القانونية والاستحالة المادية: فالاستحالة القانونية تعني انتفاء أحد عناصر الجريمة، بحيث لا يمكن أن توصف النتيجة التي يسعى الجاني إلى تحقيقها بأنها نتيجة إجرامية، فهو يسعى إلى تحقيق وضع لا يجرمه القانون، ومن ثم لا عقاب عليه. أما الاستحالة المادية، فهي ترجع إلى ظروف مادية جعلت الجاني لا يستطيع تحقيق النتيجة الإجرامية التي يهدف إليها، وبناء على ذلك فقد توافرت عناصر الشروع المعاقب عليه. ومعيار هذه التفرقة أن الشارع لا يتدخل بالعقاب إلا إذا توافرت جميع عناصر الجريمة، ولكنه يقرر استثناء وحيداً لذلك إذا تخلفت من عناصر الجريمة نتيجتها، إذ يعاقب على هذا الوضع باعتباره شروعاً، أما إذا انتفى عنصر سواها فلا محل للعقاب لانتفاء أحد شروطه. فمن يطعن جثة شخص مات من قبل، ولكنه كان يظنه حياً لا عقاب عليه، لأن من أركان القتل كون المجني عليه حياً وقت فعل الجاني، ومن يستولي على ماله معتقداً أنه مال غيره لا عقاب عليه لأن من أركان السرقة كون محلها مالاً مملوكاً لغير الجاني، والنقد الأساسي الذي وجه إلى هذا الرأي أنه لا يفترق في شيء عن الرأي القائل بالتفرقة بين الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية.

---

[٤١٨] ترجح محكمة النقض المصرية هذا الرأي، على سبيل المثال: نقض أول يناير ١٩٦٢ مجموعة أحكام محكمة النقض س ١٣ رقم ٢ ص ١٠؛ ٣١ مايو ١٩٧٠ س ٢١ رقم ١٧٩ ص ٧٦٠؛ ٤ أبريل ١٩٧٩ س ٢٧ رقم ٨٢ ص ٣٨٩؛ ٢٩ ديسمبر ١٩٨١ س ٣٢ رقم ٢١٥ ص ١٢٠٤.

والدليل على ذلك أن الحالات التي توصف الاستحالة فيها بأنها «مطلقة»، توصف في الوقت ذاته بأنها «قانونية» ولا عقاب عليها في الرأيين، وأن الحالات التي توصف الاستحالة فيها بأنها «نسبية» توصف كذلك بأنها «مادية»، ويعاقب عليها في الرأيين. وإن كان يميز بين الرأيين اختلاف نظري متعلق بالأساس المنطقي الذي يعتمد عليه كل منهما ولكن هذا الفرق غير كاف للتمييز بين الرأيين، والإقرار لكل منهما بذاتيته.

وذهب رأي أخير إلى تقرير العقاب على جميع حالات الاستحالة، وحجتهم في ذلك أن الإرادة هي التي يتجه إليها الشارع بالعقاب في جميع حالات الشروع. ويلاحظ هذا الرأي أن جميع حالات الاستحالة توجد فيها هذه الإرادة، ثم التعبير عنها بعمل يصلح في تقدير صاحبه لتحقيق النتيجة الإجرامية، فيكون كل ما يتطلبه الشارع لتوقيع العقاب متوافراً. ويضيف أنصار هذا المذهب إلى ذلك أن من طبيعة الشروع أن تفقد الجريمة أحد عناصرها، وسواء لدى الشارع أهمية العنصر الذي فقدته، إذ لن يتحقق الاعتداء على المصلحة التي يحميها الشارع. ومؤدى ذلك أنه من العبث أن نحاول تصنيف الحالات التي يخيب فيها أثر الفعل، أو أن نقرر حكماً خاصاً بحالات الاستحالة، إذ هي سواء. فإذا ثبت على هذا النحو أنه لا وجود لمعيار موضوعي مقبول لتصنيف حالات الاستحالة، لم يكن مفر من الركون إلى تقدير الجاني، والاكتفاء بكون تحقق النتيجة في ذهنه ممكناً.

وهذا الرأي هو أدنى الآراء إلى الصواب: فمن الوجهة المنطقية، فهو يصيب علة العقاب على الشروع، وهي خطورة فعل الجاني وخطورة إرادته وشخصيته على المصلحة التي يحميها الشارع، وأن أهمية فعل البدء في التنفيذ أنه وسيلة للتعبير عن هذه الخطورة في شعبها الثلاث. وبالإضافة إلى ذلك، فإن هذا الرأي لا يعتمد على تصنيف لحالات الاستحالة ذي سند ضعيف من حيث المنطق. وفي النهاية، فإن هذا الرأي يوسع من نطاق العقاب، بحيث ينال حالات الخطورة في شعبها المتنوعة، فيكفل بذلك للمجتمع حماية كافية إزاء شخص عبر الفعل الذي ارتكبه عن خطورته وكون فشله في تحقيق النتيجة الإجرامية يرجع إلى مجرد المصادفة.

٥١٣- حكم الجريمة المستحيلة في الفقه الإسلامي:

لم يتناول الفقه الإسلامي الجريمة المستحيلة – على وجـــه التحـــديد – بالدراسة، ويحدد فيها رأياً، ولكن ليس من العسير استخلاص رأي في موضوع الجريمة المستحيلة ينسب – انطلاقاً من الاتجاه العام للفقه الإسلامي في تحديد مدلول البدء في التنفيذ – إلى هذا الفقه. وسند الربط بين مدلول البدء في التنفيذ وحكم الجريمة المستحيلة أن الفعل الذي تقوم به هذه الجريمة هو صورة من البدء في تنفيذ الجريمة، عند من يقولون بالعقاب عليها، أما من لا يرون العقاب عليها، فهم ينكرون على الفعل الذي تقوم به أنه ينطوي في مدلول البدء في التنفـــيذ.

وقد قدمنا أن الفقه الإسلامي يميل إلى إقرار المذهب الشخصي في تحديد مدلول البدء في التنفيذ، واستخلصنا ذلك من الآراء الفقهية في تحديد هذا المدلول، والأمثلة التي يضربونها للتدليل على ذلك، وتقريرهم أن الفعل يعتبر بدءاً في التنفيذ إذا كان معصية في اتجاه الجريمة دون اشتراط اتصال هذا الفعل بالركن المادي للجريمة بصلة مادية أو اقترابه منه مادياً.

فإذا كان الفقه الإسلامي يرجح المذهب الشخصي في تحديد المدلول العام للبدء في التنفيذ، وكان المذهب الذي يقرر العقاب على جميع حالات الاستحالة هو تطبيق للمذهب الشخصي في تحديد معيار البدء في التنفيذ، فإنه يلزم عن ذلك القول بأن الفقه الإسلامي يرجح مذهب العقاب على جميع صور الاستحالة[٤١٩].

المطلب الثاني

الركن المعنوي للشروع

٥١٤- صورة الركن المعنوي للشروع:

---

[٤١٩] يؤيد الأستاذ عبد القادر عودة القول بأن الفقه الإسلامي يرجح مذهب العقاب على جميع صور الاستحالة استناداً إلى غلبة المذهب الشخصي في تحديد معيار البدء في التنفيذ، جـــ ١ رقم ٢٥٤ ص ٣٥٥.

يتخذ الركن المعنوي في الشروع صورة «القصد الجنائي»، ذلك أن الشروع يقتصر بطبيعته على الجرائم العمدية، فلا شروع في الجرائم غير العمدية.

وتعليل ذلك أن الشروع يفترض توجيه الإرادة نحو إحداث نتيجة إجرامية، ثم العجز عن إحداثها. وإذا كانت الإرادة اتجهت إلى إحداث النتيجة، فذلك هو القصد الجنائي.

والقصد الجنائي الذي يتعين توافره بالنسبة للشروع في جريمة هي عين القصد الجنائي الذي يتعين توافره إذا كانت الجريمة تامة، فيقوم في الحالتين على ذات العناصر ويخضع لذات الأحكام. وعلى سبيل المثال، فإنه إذا كان القصد الجنائي يتطلب في القتل التام «نية إزهاق الروح»، وفي السرقة «نية التملك»، فهو يتطلب ذات النية بالنسبة للشروع في الجريمة.

ولا خلاف بين الفقه الإسلامي والفقه الوضعي في هذه القاعدة، ذلك أنها نابعة عن طبيعة الشروع.

وغني عن البيان أن القصد الجنائي في الشروع يتطلب اتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة تامة، ولا يتصور أن تتجه إرادته إلى مجرد الشروع فيها، إذ لن يحقق له الشروع الغرض الذي يسعى إلى تحقيقه. وبالإضافة إلى ذلك، فالفرض أن عدم إتمام الجريمة لم يكن مرجعه إلى إرادة الجاني، ولذلك لم يكن متصوراً أن تتجه إرادته إلى عدم إحداث النتيجة. وإذا ثبت أن إرادة الجاني لم تتجه إلى إتمام الجريمة، فإنه لا يسأل عن شروع فيها، وإنما يسأل عن الجريمة التي تقوم بالأفعال التي أراد أن يقصر نشاطه على إتيانها.

ولما كان الشروع ينصرف بطبيعته إلى جريمة معينة، إذ يسأل الجاني عن شروع في قتل أو عن شروع في سرقة، فمؤدى ذلك أنه لا محل لشروع مجرد، أي شروع في غير جريمة محددة. ويترتب على ذلك أنه إذا لم تتحدد إرادة الجاني بالاتجاه إلى إحداث نتيجة إجرامية معينة، فلا محل للشروع، ولا وجه للعقاب إلا إذا كان النشاط الذي صدر عنه يعد جريمة قائمة بذاتها، وكانت الإرادة الصادرة عنه تصلح لأن تقوم بها هذه الجريمة: فمن يدخل منزلاً دون أن تكون إرادته متجهة إلى ارتكاب جريمة معينة لا يسأل عن شروع، ولكن قد يسأل عن انتهاك حرمة ملك الغير.

٥١٥- أهمية اعتبار القصد الجنائي ركناً للشروع:

يترتب على اعتبار القصد الجنائي ركناً للشروع حصر نطاقه باستبعاد طوائف من الجرائم لا يعد القصد الجنائي من أركانها، إذ يعني ذلك أن يتخلف بالنسبة للشروع فيها أحد الأركان المتطلبة لقيامه، فلا يكون الشروع – بناء على ذلك – متصوراً. وهذه الجرائم فئتان: الجرائم غير العمدية، والجرائم شبه العمدية.

٥١٦– لا شروع في الجرائم غير العمدية:

لا يقوم الركن المعنوي في هذه الجرائم على القصد الجنائي، بل يفترض انتفاءه وتوافر الخطأ غير العمدي، ومن ثم لم يكن للشروع فيها محل، إذ ينقصه دائماً أحد أركانه.

وبناء على ذلك، فالفعل المنطوي على خطر يهدد حقاً والصادر عن خطأ غير عمدي لا يعد شروعاً إذا لم تحدث النتيجة التي يتمثل فيها الاعتداء على الحق وتقوم بها جريمة غير عمدية معينة، ولكن هذا الفعل قد يعد جريمة في ذاته إذا كان القانون يعاقب عليه مجرداً، أو كان قد أحدث نتيجة تقوم بها جريمة غير عمدية أخرى: فقيادة وسيلة نقل بسرعة، وعلى نحو يتصف بالرعونة، ويهدد بالخطر حياة المارة في الطريق، لا يعد شروعاً إذا لم تحدث النتيجة التي يتمثل فيها الاعتداء على الحق، أي موت أحد المارة، وتقوم بها جريمة غير عمدية معينة. ولكن هذا قد يعد جريمة في ذاته إذا كان القانون يعاقب عليه مجرداً، أو كان قد أحدث نتيجة تقوم بها جريمة غير عمدية أخرى، فقيادة سيارة بسرعة في طريق مزدحم بالمارة، وعلى نحو يهدد بالخطر حياة بعضهم لا يعد شروعاً في قتل غير عمدي، ولكنه قد يعد جريمة تجاوز السرعة المسموح بها، أو جريمة إصابة غير عمدية إذا أفضى الفعل إلى إصابة، ولكن لم تتحقق وفاة المصاب.

المطلب الثالث

عدم إتمام الجريمة

٥١٧– الفرق بين الشروع في الجريمة والجريمة التامة:

يفترض الشروع أن الجريمة لم تتم، إذ ينقص من عناصرها أحد هذه العناصر، وعلى وجه التحديد فإنه ينقص من ركنها المادي حدوث النتيجة الإجرامية: فالفرض أن الجاني قد ارتكب الفعل الذي يجرمه القانون قاصداً إحداث نتيجته التي يتمثل فيها الاعتداء على المصلحة التي يحميها الشارع، ولكن هذه النتيجة لم تحدث. ويعني ذلك أن هذه المصلحة لم ينلها اعتداء، ولكن هددها الخطر، باعتبار أن الفعل كان من شأنه إحداث الاعتداء، وكان التسلسل الطبيعي للأحداث أن يحدث هذا الاعتداء.

٥١٨- تصنيف حالات عدم إتمام الجريمة:

عدم إتمام الجريمة يصنف في حالات ثلاث: عدم إتمام الجريمة لأسباب لا ترجع إلى إرادة الجاني ويطلق عليها العدول الاضطراري أو غير الاختياري، والعدول الاختياري، والعدول المختلط.

٥١٩- العدول الاضطراري أو غير الاختياري:

العدول الاضطراري أو غير الاختياري يرجع إلى أسباب خارجية فرضت على الجاني عدم إتمام الجريمة، ويعني ذلك أن إرادة الجاني لم تكن حرة في عدولها، بل كان ثمة إكراه مادي أو معنوي يرسم لها اتجاهها، مثال ذلك أن يتعرض لمقاومة المجني عليه فيعجز عن التغلب عليها، أو أن يتدخل شخص يناصر المجني عليه في مقاومته أو يهدد الجاني بشر إذا استمر في تنفيذ جريمته.

وحكم هذا العدول لا يثير صعوبة، إذ توقع عقوبة الشروع في الجريمة على الرغم منه. ويوصف هذا العدول في الفقه الوضعي بأنه أحد أركان الشروع. وعلة توقيع العقاب على الرغم من عدم تحقق الاعتداء أنه لا فضل للجاني في هذا العدول، إذ كان مفروضاً عليه، وقد عبر بفعله وإرادته عن خطورته على المصلحة التي يحميها القانون، وخطورته تبعاً لذلك على المجتمع.

٥٢٠- العدول الاختياري:

العدول الاختياري عن إتمام الجريمة يرجع إلى أسباب نفسية خالصة جعلت مرتكب الفعل يتخذ قراره في حرية تامة بعدم المضي في إتمام الجريمة، وفي تعبير آخر: يكون العدول اختيارياً إذا لم تكن ثمة عوامل خارجية مستقلة

عن شخص الفاعل أثرت عليه ووجهت إرادته إلى عدم إتمام الجريمة، ومؤدى ذلك أن العدول الاختياري هو «العدول التلقائي».

والعدول الاختياري له بواعث متعددة: فقد يكون باعثه «التوبة» إلى الله تعالى، وخشية غضبه وعذابه في الآخرة، وقد تكون له بواعث أخرى غير التوبة، كأن يكون الباعث عليه هو خشية مقاومة المجني عليه أو خشية التعرض للقبض عليه ومحاكمته وتوقيع العقوبة عليه.

فإذا كان الباعث على العدول الاختياري هو «التوبة» إلى الله تعالى فإن تأثيرها على العقاب على الشروع موضع اختلاف في الفقه الإسلامي: فتذهب آراء إلى أن التوبة سبب للإعفاء من العقاب، وتذهب آراء أخرى إلى أنها ليست سبباً للإعفاء من العقاب، وتتوسط آراء فتقرر أن لها هذا الأثر في بعض الحالات دون البعض الآخر. وتأثير التوبة على العقوبة لا يقتصر على الشروع، بل إن تأثيرها – عند من يقولون بأثرها المعفي من العقاب – يمتد كذلك إلى الجريمة التامة. ويمكن أن تكيف التوبة بأنها «مانع عقاب» أو أنها «سبب لانقضاء العقوبة»: فإذا وصفت بذلك، في الشروع، فلا يوقع الحد ولا يجب القصاص، تطبيقاً لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم «من بلغ الحد في غير حد فقد ظلم»، أي أنه إذا لم تكن الجريمة بلغت مرحلة جريمة الحد، وهي بالضرورة جريمة تامة، فإنه لا يجوز أن توقع عقوبة الحد، إذ يعني ذلك توقيع عقوبة في غير الموضع المقررة فيه. ولما كانت عقوبة الشروع باعتبار تكييفه بأنه معصية، وكانت المعصية تستوجب التعزير، فإن المختص بتقرير هذه العقوبة هو «ولي الأمر»، سواء كان القاضي الذي ينظر في الواقعة أو كان الشارع الوضعي في المجتمع الإسلامي، وهو ما رجحناه ، فيما تقدم.

وإذا كنا بصدد شروع في جريمة تعزيرية، فإن تحديد عقوبته هو كالشأن في كل جريمة تعزيرية من شأن «ولي الأمر» على ما تقدم.

والشروع في جميع الجرائم معاقب عليه شرعاً، ولا وجود لجرائم تستثنى مبدأ العقاب على الشروع فيها، على نحو ما تقرره التشريعات الوضعية الحديثة، ذلك أنه توافرت للشروع أركان المعصية فكان العقاب عليه متعيناً، فالأصل أن كل معصية تستوجب تعزيراً. وعناصر المعصية في كل شروع أن الفعل الذي وقع ينطوي على خطر يهدد حقاً أو مصلحة للمجتمع، وأن إرادة الجاني التي صدر عنها هذا الفعل تنطوي كذلك على خطر، ولا يجوز أن يترك هذا الخطر في صورتيه دون عقوبة، أما التوبة فهي ليست من الأحكام الخاصة بالشروع،

وإنما لها تأثير عام يمتد إلى جميع الحالات التي يقرر لها الشارع عقوبة، سواء كانت شروعاً في جريمة أو جريمة تامة.

ونرى بناء على ذلك أن الموضع الصحيح لدراسة «نظرية التوبة» هو الموضع الخاص «بنظرية العقوبة»، وما يعرض لها من أسباب تقتضي امتناع توقيعها.

أما إذا كان العدول الاختياري لأسباب غير التوبة كالإشفاق على المجني عليه أو خشية التعرض للقبض والمحاكمة والعقاب، فإنه لا يحول دون توقيع العقاب على الجاني، فالفرض أن الفعل الذي أتاه، وتمثل في البدء في التنفيذ هو «معصية»، بالنظر إلى تهديده بالخطر المصلحة التي يحميها الشارع، وصدوره عن إرادة وتعبيره عن شخصيته خطرة على المجتمع.

٥٢١- عقوبة الشروع:

الشروع في ذاته معصية، والشأن في كل معصية أنه توقع من أجلها عقوبة تعزيرية. فإذا كان الشـــروع في جريمة ذات حد كالسرقة أو مقـــرر لها القصاص كالقتل، ووقف نشاط الجاني عند مرحلة الشروع فلا يوقع عليه الحد أو القصاص، ذلك أن العقوبات المقدرة هي مقررة للجرائم التامة، أما إذا بقيت الجريمة في مرحلة الشروع فتوقع من أجلها عقوبة تعزيرية لحماية المجتمع من ذلك الخطر.

٥٢٢- مقدار العقاب على الشروع:

تقدم أن العقاب على الشروع في جرائم الحدود والقصاص هو أقل من العقوبة المقدرة للجريمة التامة. ولكن تبقى التساؤل عن مقدار العقاب على الشروع في الجريمة التعزيرية: هل يكون عقوبة الجريمة التامة أن عقوبة أقل منها.

نرجح القول بأن عقوبة الشروع في الجريمة التعزيرية يتعين أن تكون أقل من عقوبة الجريمة التامة، والحجة في ذلك بأن ذلك يتفق مع خطة الشريعة الإسلامية في جعل عقوبة الشروع في جرائم الحدود والقصاص اقل درجة من عقوبة الجريمة التامة، ومن المنطق والمصلحة أن تسود في جميع الجرائم خطة واحدة. ويؤيد هذا الاتجاه كذلك أن الجريمة التامة تنال الحق أو المصلحة بالاعتداء في حين يقتصر الشروع على مجرد تهديد الحق أو المصلحة بالخطر، ولما كان الخطر أقل إضراراً بالمجتمع من الاعتداء، وجب أن يتدرج العقاب

بينهما على النحو السابق، بحيث تكون عقوبة التهديد بالخطر أقل من عقوبة إنزال الاعتداء.

المبحث الثاني
الاشتراك في الجريمة
(المساهمة الجنائية)

٥٢٣- تعريف:

الاشتراك في الجريمة يعني إسهام عدد من الجناة في ارتكاب جريمة واحدة. ويمكن التعبير عنه بعبارة «المساهمة الجنائية» التي تستعمل في الفقه الوضعي الحديث، ومن الجائز استعمالها في الفقه الإسلامي، إذ هي دالة على هذا الوضع.

ويقوم الاشتراك في الجريمة على عنصرين: تعدد الجناة، ووحدة الجريمة المرتكبة. فعلى الرغم من تعدد الجناة، وما يستتبعه بالضرورة من تعدد الأفعال التي ارتكبت في سبيل الجريمة، فإن الجريمة واحدة، فثمة رباط يجمع بين الجناة من وحدة النتيجة الإجرامية التي ترتبت على أفعالهم، وثمة رباط بين نوايا الجناة من حيث اتجاهها إلى ذات النتيجة الإجرامية. وهذا الرباط في شقيه تقوم به وحدة الجريمة، على الرغم من تعدد الجناة، وتعدد الأفعال التي أسهموا بها في ارتكابها.

٥٢٤- المصطلحات الفقهية:

تختلف مصطلحات الفقه الإسلامي عن نظائرها في الفقه الوضعي.

يطلق تعبير «مباشر» الجريمة على من نفذ الجريمة بنفسه، أي بأعضاء جسمه، سواء اعتمد على قوته البدنية فحسب، أو استعان على ذلك بأداة استزاد بها من قوته البدنية. وهذا التعبير يقابل تعبير «الفاعل» في الفقه الوضعي.

ويطلق تعبير «الاشتراك بالمباشرة»، على حالة تعدد الجناة الذين قام كل منهم بدور رئيسي في ارتكاب الجريمة. ويفترض هذا الوضع أن كلاً من مرتكبي الجريمة قد أتى جزءًا من الفعل الذي يقوم به الركن المادي للجريمة؛ أو

أتى أحدهم هذا الفعل وأتى الآخرون أفعالاً ذات أهمية في تنفيذ الجريمة؛ ويقابل هذا التعبير في الفقه الوضعي تعبير «تعدد الفاعلين» أو تعدد «المساهمين الأصليين» أو حالة «الفاعل مع غيره»، وهذا الوضع يميزه أن جميع الجناة قاموا بأدوار رئيسية في ارتكاب الجريمة. ومثال **الصورة الأولى** في هذا الوضع، أي حيث يتقاسم الجناة الفعل الذي يوم به الركن المادي للجريمة أن ينهال عدد من الجناة ضرباً على غريمهم قاصدين إحداث وفاته فيموت نتيجة لذلك، أو أن يدخل عدد من الجناة مسكن المجني عليه لسرقته ويحمل كل منهم بعض متاعه. ومثال **الصورة الثانية** أن يمسك أحد الجناة بذراع المجني عليه فيشل مقاومته، ثم يطعنه الثاني الطعنات القاتلة.

ويطلق تعبير «الاشتراك بالتسبب» على حالة الشخص الذي يقوم في الجريمة بدور ثانوي إلى جانب آخر يقوم بالدور الرئيسي فيها. ومثال ذلك من يحرض غيره على ارتكاب الجريمة، أو يتفق معه أو يعاونه على ذلك. ويقابل هذا التعبير في الفقه الوضعي لفظ «الاشتراك»، ولفظ الاشتراك مجرداً، أو ألفاظ «التدخل»، «والمتدخل»، «والتحريض»، «والمحرض».[٤٢٠]

٥٢٥- أركان الاشتراك في الجريمة:

عرفنا الاشتراك في الجريمة بأنه «تعدد الجناة الذين ارتكبوا الجريمة». ويستخلص من هذا التعريف قيام الاشتراك على ركنين: تعدد الجناة ووحدة الجريمة.

٥٢٦- تعدد الجناة:

يفترض الاشتراك في الجريمة تعدد الجناة: فإذا كان الجاني واحداً، فلا قيام للاشتراك، ولو تعددت جرائمه، وإنما تعد حالته حالة «تعدد الجرائم».

وإذا تعدد الجناة وتعددت جرائمهم بحيث كان كل واحد منهم مرتكباً على حدة جريمة مستقلة، فليست هذه الحالة بدورها حالة اشتراك، ولو ارتكبت هذه الجرائم في مكان واحد أو في وقت واحد أو صدرت عن باعث واحد، كالوضع في «جرائم الجماهير»، كما لو أحرق متظاهرون متاجر خصومهم، أو اعتدوا

---

[٤٢٠] وقد أخذ قانون العقوبات الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة بالمصطلحات الشرعية.

على رجال الأمن الذين أرادوا تفريقهم، إذ لا تتوافر في هذه الحالات وحدة الجريمة.

ونفصل فيما يلي هذين الركنين:

٥٢٧- وحدة الجريمة:

تتحقق للجريمة وحدتها إذا جمعت بين عناصرها «وحدة مادية» وجمعت بينها كذلك «وحدة معنوية»، أي كان ركنها المادي محتفظاً بوحدته، وكان ركنها المعنوي محتفظاً كذلك بوحدته.

٥٢٨- الوحدة المادية للجريمة:

وتتطلب الوحدة المادية للجريمة أمرين: وحدة النتيجة الإجرامية، وارتباطها بكل فعل ارتكب في سبيل تحقيقها بعلاقة السببية.

يفترض الاشتراك في الجريمة أن الأفعال الإجرامية قد تعددت، إذ صدر عن كل جان النشاط الذي سعى به للإسهام في ارتكاب الجريمة.

ولكن هذه الأفعال أفضت إلى نتيجة إجرامية واحدة: ففي حالة الاشتراك في جريمة القتل مثلاً تعددت أفعال الجناة: فثمة التحريض على الجريمة، وثمة تقديم السلاح الذي استعمل في ارتكابها، وثمة فعل إغماد السلاح في جسم المجني عليه؛ ولكن النتيجة التي تحققت واحدة، وهي وفاة المجني عليه.

وتتطلب الوحدة المادية للجريمة أن تتوافر علاقة السببية بين الفعل الذي ارتكبه كل شريك في الجريمة وبين النتيجة الإجرامية التي أفضت هذه الأفعال إلى تحقيقها. ولا تعني علاقة السببية حتماً أن النتيجة كانت تتخلف تماماً إذا لم يقم أحد الجناة بالدور المعهود به إليه، وإنما تعني أن النتيجة كان يطرأ عليها تغير، سواء كان هذا التغير هو انتفاء النتيجة تماماً، أم تحققها ولكن على نحو آخر اتخذت فيه صورة مختلفة. وعلى سبيل المثال: فإذا علم شخص أن آخر يفكر في قتل عدو لهما، ولكنه متردد لقصور وسائله، فأمده بسلاح فاستقر عزمه على الجريمة ونفذها بهذا السلاح، فإن علاقة السببية تعتبر متوافرة بين فعل هذا الشخص وموت المجني عليه، إذ لولا إعطاء السلاح ما انعقد التصميم على ارتكاب الجريمة في الوقت الذي انعقد فيه، وما نفذت بالكيفية التي نفذت بها، فقد

كان من الجائز أن ينتهي التفكير فيها إلى استبعاد الإقدام عليها، أو ألا يستقر العزم عليها إلا في وقت متأخر، أو أن تنفذ بوسيلة أخرى.

وتعد علاقة السببية منتفية إذا ثبت أن عدم إتيان الجاني فعله ما كان يحول دون أن تتحقق النتيجة على النحو الذي تحققت به، أي أنه ما كان يطرأ عليها تغير أيًا كان: فإذا حرض شخص آخر على ضرب ثالث فلم يلق تحريضه قبولاً، ثم ثارت مشاجرة بين من حُرِّض على الجريمة وبين الشخص الذي أريد الاعتداء عليه؛ وفي هذه المشاجرة اعتدى أولهما على ثانيهما بالضرب، فلا محل لاعتبار المحرض مساهماً في هذه الجريمة.

ولعلاقة السببية على هذا النحو أهمية واضحة: فهي التي ترسم للاشتراك في الجريمة حدوده، وتوضح المجال الذي تثور فيه مشاكلها: فإذا جاوزناه لم يعد لهذه المشاكل محل.

٥٢٩- الوحدة المعنوية للجريمة:

يتعين أن تتوافر «رابطة ذهنية» تجمع بين الشركاء في الجريمة، وتقوم بها وحدة ركنها المعنوي. وأهم ما يثيره تطلب الوحدة المعنوية للجريمة هو تحديد ضابطها. والضابط الراجح في الفقه الإسلامي للوحدة المعنوية للجريمة هو «الممالأة» بين الجناة، في معنى أن يمالئ كل جان سائر زملائه، أي أن يتفق معهم على ارتكابها. ونستطيع – بناء على ذلك – تعريف الممالأة بأنها الاتفاق السابق بين الجناة على ارتكاب الجريمة موضوع الاشتراك، وسواء كون هذا الاتفاق سابقاً على تنفيذ الجريمة بزمن طويل أو قصير، أو كونه معاصراً له. وسند هذا الرأي أنه في غالب الأحوال يجمع بين الجناة تعارف سابق، ويلجأ بعضهم إلى بعض كي يتعاونوا في سبيل تنفيذ مشروع إجرامي لا يسع واحداً منهم بمفرده أن ينفذه على النحو المراد. ويحرص الفقهاء على تأكيد أن «مجرد التوافق» بين الجناة لا يكفي لقيام الرابطة الذهنية التي يتطلبها الاشتراك، ويعني التوافق اتجاه إرادات الجناة إلى موضوع واحد دون أن تتلاقى، فهي إرادات تسير مستقلة في ذات الاتجاه، والتوافق يختلف بذلك عن الاتفاق الذي يعني انعقاد الإرادات بين المتفقين، ويفترض عرضاً من أحد أطرافه صادفه قبول من الطرف الآخر. ويعني ذلك أن جوهر الاتفاق هو انعقاد الإرادات، وهذا الانعقاد لا وجود له في التوافق. ولما كان التوافق غير كاف لقيام الاشتراك، فإنه إذا خطرت لشخص فكرة قتل غريمه، وخطرت لآخر فكرة قتل المجني عليه نفسه

دون أن يكشف أحدهما للآخر عما انعقد عليه تصميمه، ثم نفذ أحدهما عزمه، فالثاني لا يعتبر شريكاً له في جريمته، بل إنهما إذا نفذا الجريمة في ذات الوقت، فكل منهما فاعل لجريمة مستقلة.

فإذا فقدت الجريمة وحدتها المعنوية، فانتفت كل رابطة ذهنية تجمع بين الجناة، وثبت أن كل واحد منهم كان يأتي نشاطه لحسابه الخاص، فإن الجرائم تتعدد بتعدد الأركان المعنوية. ولو ثبت أن نشاط أحد الجناة قد سهل نشاط سواه؛ بل ولو ثبت أن الأفعال جميعاً ساهمت من الناحية المادية في وقوع الجريمة بحيث كانت نتيجتها ثمرة لها جميعاً.

ذلك أن الوحدة المادية للجريمة لا تغني عن الوحدة المعنوية. وتستوي في هذا الحكم الجرائم العمدية والجرائم غير العمدية: فإذا كسر شخص باب مسكن ليسرق منه ثم سمع وقع أقدام فهرب تاركاً الباب مفتوحاً، ثم أقبل شخص ثان، لا صلة له بالأول وجد الباب مفتوحاً فدخل وارتكب السرقة في هذا المسكن، فإن الأول يسأل عن شروع في سرقة في حين يسأل الثاني عن سرقة تامة، ونكون بصدد جريمتين متميزتين، لكل منهما فاعلها الذي يسأل عنها وحدها.[٤٢١]

وإذا قاد شخص سيارته بسرعة تجاوز السرعة المسموح بها، فأصاب أحد المارة بجروح، ثم نقل المجني عليه إلى طبيب ليعالجه، فارتكب الطبيب خطأ فاحشاً أدى إلى زيادة جسامة هذه الجروح، فإن كل واحد منهما يسأل عن جريمة غير عمدية قائمة بذاتها.[٤٢٢]

٥٣٠- المشكلة التي يثيرها الاشتراك في الجريمة:

يضم الاشتراك في الجريمة صوراً متعددة، ومرد هذا التعدد إلى تنوع الأدوار التي يتصور القيام بها في سبيل الجريمة. فإذا أسهم أشخاص في ارتكاب جريمة قتل مثلاً، فقد يتخذ تعاونهم الصورة الآتية: أحدهم يحرض على الجريمة، وثانيهم يقدم السلاح الذي يستعمل في ارتكابها، وثالثهم يقف متربصًا أمام مسكن المجني عليه أثناء تنفيذ الجريمة كي يحول دون أن ينجده أحد ويشير على زملائهم بالهرب في الوقت الملائم، ورابعهم يمسك بالمجني عليه ويحول بينه

---

(٤٢١) يوضح هذا المثال أهمية الوحدة المعنوية في قيام الاشتراك في الجرائم العمدية.

(٤٢٢) يوضح هذا المثال أهمية الوحدة المعنوية في قيام الاشتراك في الجرائم غير العمدية.

وبين المقاومة، في حين يغمد الخامس السلاح في جسمه. وبذلك تتم الجريمة بناء على هذه الأفعال جميعاً. وثمة أمثلة لجرائم أخرى يتعاون في ارتكابها أشخاص متعددون، ويقومون في سبيلها بأدوار مختلفة.

وواضح من المثال المتقدم أن الأدوار التي يقوم بها الجناة في سبيل الجريمة الواحدة تتفاوت من حيث درجة أهميتها في المشروع الإجرامي، أي من حيث قدر إسهام كل منها في تحقيق الجريمة على النحو الذي تحققت به.

فإذا كانت جميعاً لازمة، فإن بعضها أكثر أهمية من البعض الآخر، وبذلك يثور التساؤل الآتي: هل لهذا الاختلاف صدى في تحديد مركز كل مساهم بحيث يكون مركزه مرتبطاً بمقدار أهمية دوره في ارتكاب الجريمة.

وتتضح بذلك المشكلة التي يثيرها الاشتراك في الجريمة: هل تتعادل مراكز الشركاء، فيكون لكل منهم ذات العقوبة، وهي بالضرورة العقوبة المقررة للجريمة، فيكون لهم بناء على ذلك «مركز واحد»؟ أم أنه يتعين التمييز بينهم في العقوبة وسائر أحكام المسئولية، استناداً إلى الاختلاف بين أهمية أدوارهم في ارتكاب الجريمة؛ فتكون لهم بذلك مراكز مختلفة.

إن الوجهة الأولى من النظر يساندها أن جميع الأفعال التي ارتكبت في سبيل الجريمة لازمة لارتكابها على النحو الذي ارتكبت به. وإذا تخلف أحد هذه الأفعال، فمن المحتمل أن الجريمة ما كانت ترتكب، أو كانت ترتكب في صورة مختلفة عن الصورة التي وقعت بها. وعلى سبيل المثال، فإنه إذا لم يكن قد صدر عن المحرض تحريضه، فقد كان من المتصور ألا تخطر فكرة الجريمة لمن نفذها، وما كانت الجريمة ترتكب. وإذا لم يقدم من عاون على الجريمة السلاح إلى من باشرها، فربما كان المباشر لا ينفذها لصعوبة أو استحالة ارتكابها دون الاستعانة بهذا السلاح، ويعني ذلك أنه توجد بين أدوار الجناة الذين أسهموا في ارتكاب الجريمة مساواة من حيث «مبدأ اللزوم» لارتكاب الجريمة: فأقل الأدوار أهمية لازم لتنفيذها لزوم أكثرها أهمية، وهذه الوجهة من النظر يترتب عليها إقرار المساواة بين المساهمين في الجريمة في الأحكام التي يخضع لها كل منهم، وبصفة خاصة من حيث العقوبة التي توقع على كل منهم.

أما الوجهة الثانية من النظر، فسندها الاختلاف بين أهمية أدوار الجناة في ارتكاب الجريمة: فبعضها – على ما تقدم – أكثر أهمية من بعض. وعلى

سبيل المثال، فإن دور من نفذ الجريمة أكثر أهمية من دور من حرض عليها: وهذا الثاني دوره أكثر أهمية من دور من اقتصر على مجرد المعاونة على ارتكابها؛ وإذا تعدد المعاونون، فقد تختلف أهمية أفعال المعاونة التي تصدر عن كل منهم. ويقتضي هذا الاختلاف في أهمية أدوار الشركاء أن تكون لكل منهم الأحكام والعقوبة التي تتناسب مع أهمية دوره.

هاتان الوجهتان من النظر تتنازعان أحكام التشريعات. ويقتضي ذلك التساؤل عن الوجهة أو النظرية التي أقرها الفقه الإسلامي في هذا المجال.

٥٣١- الوجهة التي أقرها الفقه الإسلامي في تنظيم أحكام الاشتراك في الجريمة:

لا محل للتردد في القول بأن الفقه الإسلامي قد أقر مذهب الاختلاف بين الشركاء في الجريمة من حيث العقوبة والأحكام: فالفقه يميز تمييزاً واضحاً بين الشريك بالمباشرة والشريك بالتسبب. فكل منهما له الأحكام التي يختص بها، وبصفة خاصة من حيث العقوبة المقررة له. ويدعم هذه الوجهة من النظر أن الاختلاف في أهمية الدور ينبئ عن الاختلاف في مقدار الخطيئة ودرجة الخطورة الإجرامية، مما ينبغي – من حيث المنطق والعدالة – أن يكون له أثره في تحديد العقوبة التي يستحقها الجاني.

ويبرر هذه الخطة كذلك أن الشريعة الإسلامية تقرر عقوبات مقدرة – هي الحدود والقصاص – وتبتغي هذه العقوبات – في المقام الأول – «الردع العام». وقد رأى الفقهاء أن هذه العقوبات يراد بها المباشر للجريمة والشريك المباشر فيها. أما المتسبب أو الشريك بالتسبيب، فإن دوره الإجرامي محدود، ويكشف ذلك عن أن نصيبه من الخطيئة والخطورة محدود كذلك، فيكون من الأوفق من حيث المنطق، ومن حيث العدالة الاكتفاء في شأنه بعقوبة تعزيرية.

٥٣٢- خطة الدراسة:

تتضمن دراسة الاشتراك في الجريمة البحث في موضوعات ثلاثة: مباشر الجريمة أو فاعل الجريمة، والاشتراك بالمباشرة أو تعدد المباشرين أو تعدد الفاعلين، والاشتراك بالتسبب.

المطلب الأول
مباشر الجريمة
(الفاعل الأصلي)

٥٣٣- تعريف:

مباشر الجريمة هو «فاعلها». وبناء على ذلك كان تعبير «فاعل» الجريمة وتعبير «مباشرها» تعبيرين مترادفين.

ويراد بالمباشر أو الفاعل للجريمة من ينفرد بالدور الرئيسي في ارتكابها. ويعني ذلك أنه اقترف وحده كل الفعل الذي يقوم عليه الركن المادي، وحقق بذلك النتيجة الإجرامية. ومؤدى ذلك أنه يرجع إلى نشاطه تحقق جميع عناصر الركن المادي للجريمة، فكلها ثمرة لسلوكه الإجرامي، وليس من بينها ما يعد ثمرة لسلوك شخص آخر.

وعلى سبيل المثال، فإنه إذا كانت الجريمة قتلاً، فالمباشر هو الذي ضرب المجني عليه بآلة حادة على رأسه، أو أعمل خنجره في صدره، أو أحرقه، أو أغرقه، أو وضع المادة السامة في طعامه، فحدثت بذلك وفاته. وإذا كانت الجريمة سرقة، فالجاني هو الذي أخرج المال المملوك لغيره من حرزه وجعله في حرز آخر.

٥٣٤- التعبير عن مباشر الجريمة في القوانين العربية الحديثة:

عرف قانون العقوبات المصري المباشر بأنه «يعد فاعلاً للجريمة من يرتكبها وحده»، (المادة ٣٩ من قانون العقوبات، الفقرة الأولى)، وقد نقل عنه هذا التعبير قانون العقوبات الليبي (المادة ٩٩) وقانون الجزاء الكويتي (المادة ٤٧) وقانون العقوبات العراقي (المادة ٤٧) وقانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة (المادة ٤٤).

وعبر قانون العقوبات اللبناني وقانون العقوبات السوري، عن مباشر الجريمة بأنه «من أبرز إلى حيز الوجود العناصر التي تؤلف الجريمة» (المادة ٢٢٠ من قانون العقوبات اللبناني، والمادة ٢١٩ من قانون العقوبات السوري).

٥٣٥- الضابط الشرعي في اعتبار الجاني مباشراً للجريمة:

الضابط الذي رجح في الفقه الإسلامي في تحديد «المباشر للجريمة»، وفي تعبير آخر «مرتكب الجريمة بالمباشرة» أنه الشخص الذي يرتكب الجريمة وينفذها بنفسه (سواء بأعضاء جسمه أو بالاستعانة بأداة) من غير توسط إرادة شخص آخر معتبرة شرعاً، ومدركة المدلول الإجرامي للفعل والنتيجة الإجرامية التي تترتب عليه.

ومؤدى ذلك – بمفهوم المخالفة – أنه «إذا توسطت بين إرادة الجاني وما صدر عنها من فعل إرادة أخرى معتبرة شرعاً ومدركة واقعاً، فهو لا يعتبر مباشراً للجريمة، وقد يعتبر «شريكاً متسبباً» فيها إذا توافرت شروط الاشتراك بالتسبب. ويترتب على ذلك بالضرورة أنه إذا توسطت بين إرادة الجاني والنتيجة الإجرامية إرادة شخص آخر غير معتبرة شرعاً، لأنها إرادة شخص غير مميز لصغر سنه أو جنونه، أو إرادة معتبرة ولكنها غير مدركة حقيقة الوقائع التي تتجه إليها، فإن ذلك لا يحول دون اعتبار الجاني مباشراً للجريمة.

٥٣٦- أقسام المباشرة عند الإمام إبن قدامة:

قسم الإمام إبن قدامة المباشرة للجريمة إلى سبعة أنواع. وقد ورد رأي الإمام إبن قدامة في شأن جريمة القتل، وتحديد حالات وجوب القصاص فيها، باعتبار أن القصاص لا يوقع إلا على المباشر. ولكن هذا القول يطبق على غير القتل من الجرائم، إذ أن الأساس الذي استند إليه يعطي النظرية صفة النظرية العامة، بما يجعله معياراً صالحاً لتحديد حالات المباشرة في جميع الجرائم.

وفيما يلي بيان هذه الأنواع:

النوع الأول: أن يضرب الجاني المجني عليه «بمحدد»، وهو ما يقطع ويدخل في البدن، كالسيف والسكين والسنان وما في معناه مما يحدد فيجرح، وكان الجرح كبيراً أو كان صغيراً، ولكنه في مقتل.

النوع الثاني: القتل بغير المحدد، وهو ما يغلب على الظن حصول الزهوق به (أي زهوق الروح) عند استعماله، ومثاله السوط والعصا والحجر.

النوع الثالث: أن يمنع الجاني خروج نفس المجني عليه، أي أن يخنقه. وهو ضربان: **الضرب الأول:** أن يجعل في عنقه خراطة ثم يعلقه في خشبه أو شيء بحيث يرتفع عن الأرض فيختنق ويموت. **والضرب الثاني:** أن يخنقه وهو على الأرض بيديه أو بمنديل، أو حبل أو شيء يضعه على فمه أو أنفه، أو يضع يده عليهما فيموت، وذلك في مدة يموت الشخص في مثلها غالباً.

النوع الرابع: أن يلقيه في مهلكه. وهذا النوع له ضروب أربعة. **الضرب الأول:** أن يلقي الجاني بالمجني عليه من شاهق كرأس جبل أو حائط عال يهلك به غالباً. **والضرب الثاني:** أن يلقيه في نار أو في ماء يغرقه، ولا يمكنه التخلص منه، إما لكثرة الماء أو النار، وإما لعجزه عن التخلص، لمرضه أو صغر سنه أو لكونه مربوطاً، أو لمنعه من الخروج، أو لكونه في حفرة لا يقدر على الصعود منها. **والضرب الثالث:** أن يجمع الجاني بين المجني عليه وبين أسد أو نمر في مكان ضيق فيقتله، ذلك أن الأسد صار آلة للجاني، فكان فعله كفعله. **والضرب الرابع:** أن يحبس الجاني المجني عليه في مكان ويمنعه الطعام والشـراب مـدة لا يبقى فيها شخص حياً حتى يموت. ويختلف ذلك باختلاف الناس والأزمنة والأمكنة والأحوال، أي باختلاف حرارة الجو، ومدة الحرمان، وقوة الاحتمال.

النوع الخامس: أن يسقي الجاني المجني عليه سماً أو يطعمه شيئاً قاتلاً فيموت به إذا كان مثله يقتل غالباً، وإن خلطه بطعام وقدمه إليه فأكله، دون أن يكون عالماً بوجود السم أو المادة القاتلة في الطعام.

أما إذا خلط شخص السم بطعامه نفسه، وتركه في منزله، فدخل إنسان فأكله، فلا يعتبر مباشراً للقتل، لأنه لم يقتل المجني عليه، وإنما الداخل قتل نفسه، فأشبه من حفر في داره بئراً فدخل شخص فوقع فيها، وسواء قصد بذلك قتل الآكل، مثل أن يعلم أن ظالماً يريد الهجوم على داره فيترك السم في الطعام ليقتله، ومثله في ذلك من حفر بئراً في داره ليقع فيها اللص إذا دخل ليسرق منها. ولو دخل ذلك الشخص إلى الدار بإذن حائزها فأكل الطعام المسموم بغير إذنه لم يضمنه لذلك، وإذا قدمه إليه بعد أن أخبره بوجود السم فيه، فأكله لم يضمنه، لأنه أكله عالماً بحاله، فأشبه ما لو قدم إليه سكيناً فوجأ بها نفسه.

النوع السادس: أن يقتل الجاني المجني عليه بسحر يقتل غالباً، لأنه قتله بما يقتل غالباً، فأشبه ذلك ما لو قتله بسكين. أما إذا كان لا يقتل غالباً أو كان مما يقتل ولا يقتل، أي كان احتمال القتل به موضع شك، فلا يجب فيه قصاص، لأنه عمد الخطأ.

النوع السابع: أن يتسبب الجاني في قتل المجني عليه بما يقتل غالباً، وذلك على ثلاثة أضرب:

الضرب الأول: أن يكــره الجاني شخصاً على قتل آخــر، فيقتله فإن القصاص يجب عليهما معاً، أي على من صــدر عنه الإكــراه ومن وقع عليه الإكراه. وعلة وجــوبه على من صدر عنه الإكراه أنه تســبب في قتل المجني عليه بما يفضي إليه غالباً، فأشبه من ألسعه حية أو ألقاه على أسد في زبية أما علة وجوبه على من وقع عليه الإكراه، فهي أنه قتل المجني عليه لاستيفاء نفسه (أي لإنقاذ نفسه من الإكراه الذي تعرض له) فأشبه ما لو قتله في المخمصة ليقتله.

الضرب الثاني: إذ شهد شخصان على آخر بما يوجب قتله، فقتل بشهادتهما، ثم رجعا واعترفا بتعمد القتل ظلماً، وكذبهما في شهادتهما، فعليهما القصاص.

الضرب الثالث: الحاكم إذا حكم على رجل بالقتل، عالماً بذلك متعمداً، فقتله واعترف بذلك وجب عليه القصاص، وشأنه شأن الشاهدين.

وإذا أقر ولي المقتول بعلمه بكذب الشهود وتعمده القتل، وجب عليه القصاص. وإذا أمر الشاهدان والحاكم الولي بالقصاص، فعلى الولي وحده القصاص لأنه الذي باشر القتل، ولا يجب القصاص على سواه لأنهم متسببون، والمباشرة تبطل حكم السبب.

٥٣٧- تأصيل أقسام المباشرة عند الإمام ابن قدامة:

إن أقسام المباشرة ترد إلى إتيان الجاني الفعل الذي تقوم به الجريمة، وذلك واضح في الأنواع الأربعة التي ذكرها، فالجاني قد وجه الفعل القاتل إلى المجني عليه مستعيناً بأداة، قد تكون محدداً، وقد تكون غير محدد، أو قتله دون

أن يستعين بأداة كما لو خنقه بيديه، أو استعان بوضع أو ظروف موجودة من قبل، أي أنه لم يكن هو الذي أنشأها، فكان مسخراً هذه الظروف ومستعيراً فعاليتها لإحداث النتيجة، وهذه حالة ما إذا ألقى الجاني المجني عليه من شاهق، أو في نار، أو في ماء. وقد يستعين المتهم بحيوان يسخره لإحداث وفاة المجني عليه، كما لو جمع بينه وبين أسد أو نمر في مكان ضيق. وقد يحبس الجاني المجني عليه في مكان ويمنعه من الطعام أو الشراب مدة لا يستطيع بعدها أن يحتفظ بحياته. وقد يستعين الجاني بسم أو مادة قاتلة يقدمها إلى المجني عليه، ويجهل عليه تأثيرها، فيتناولها ويموت. وقد يكره الجاني شخصاً آخر على قتل المجني عليه. وقد يستعين الجاني بشخص حسن النية يجهل الصفة الإجرامية للفعل الذي يطلب منه إتيانه، كشاهد الزور الذي يحمل القاضي على الحكم بإعدام المجني عليه بإيهامه أنه ارتكب ما يستوجب القتل.

وهذا الفرض الأخير يتضمن إقراراً «لنظرية الفاعل المعنوي»، إذ الجاني قد سخر هذا الشخص لإتيان الفعل الإجرامي، موهماً إياه أنه فعل مشروع. ونستطيع أن نقرر بناء على ذلك أن الفقه الإسلامي قد عرف «نظرية الفاعل المعنوي» منذ وقت يسبق اعتراف الفقه الوضعي بها.

والخلاصة من كل ما تقدم: أن فاعل الجريمة أو مباشر الجريمة في الفقه الإسلامي هو «من يقترف وحده الفعل الذي تقوم به الجريمة أو جزءًا من هذا الفعل، سواء استعان في إتيان هذا الفعل بأعضاء جسمه وحدها أو استعان على ذلك بأداة، وقد تكون هذه الأداة حيواناً. ويعتبر فاعلاً أو مباشرًا من استعان بشخص حسن النية جهل عليه الصفة الإجرامية للفعل».

٥٣٨- تطبيقات ضابط المباشرة على بعض فئات من الجرائم:

إذا قام الركن المادي للجريمة على عدد من الأفعال، كجرائم الاعتياد أو الجرائم المتتابعة الأفعال، فإن تطبيق هذا الضابط يفترض أن المباشر قد ارتكب وحده جميع الأفعال التي يفترضها الركن المادي للجريمة.

وإذا كان الشارع يتطلب لقيام الجريمة أن تتحقق النتيجة عن طريق إحدى وسائل يحددها على سبيل الحصر، فإن الجاني لا يوصف بأنه مباشر للجريمة إلا إذا أتى الفعل الذي تقوم به إحدى هذه الوسائل.

وإذا كانت الجريمة «جريمة امتناع» فالمباشر هو الشخص الذي يحمله القانون بواجب إتيان الفعل الإجرامي الذي أحجم عنه. ولا يحول دون اعتباره مباشراً أن يكون قد عهد إلى شخص آخر بإتيان هذا الفعل، طالما أن المكلف بالواجب لم يقم بالفعل الذي يفرضه عليه الشارع: فإذا لم ترضع الأم وليدها فمات، اعتبرت مباشرة لقتله، ولو كانت قد عهدت إلى امرأة أخرى بإرضاعه، ولكن هذه المرأة لم تقم بما كلفت به.

المطلب الثاني
الاشتراك المباشر

٥٣٩- تعريف:

يعني الاشتراك المباشر تعدد الجناة الذين قام كل منهم بدور رئيسي في ارتكاب الجريمة.

وتقتضي دراسة الاشتراك المباشر تحديد الفعل الذي يجعل مرتكبه شريكاً مباشراً، ويتطلب ذلك وضع معيار للتمييز بينه وبين الاشتراك بالتسبب عن طريق المعاونة الذي يفترض القيام بدور ثانوي في ارتكاب الجريمة.

وتتعدد الحالات التي يتوافر فيها الاشتراك المباشر:

فثمة حالة واضحة لا يتصور أن تثير خلافاً في الرأي: هي حالة ما إذا تقاسم شخصان ارتكاب الفعل الذي يقوم به الركن المادي للجريمة، إذ يعتبر كل منهما شريكاً مباشراً في الجريمة.

ولكن نطاق الاشتراك المباشر لا يقتصر على ذلك: فقد يأتي شخص نشاطاً لا يعتبر جزءًا من الفعل الذي يقوم به الركن المادي للجريمة، ومع ذلك فإنه يقوم عن طريقه بدور رئيسي في الجريمة، مما يقتضي – وفق معيار الاشتراك المباشر – اعتباره شريكاً مباشراً.

وتقتضي دراسة الاشتراك المباشر تحديد حكم الشخص الذي يسخر شخصاً آخر غير أهل للمسئولية الجنائية أو حسن النية في ارتكاب الجريمة، وما إذا كان يعتبر شريكاً مباشرًا في الجريمة، أم مجرد شريك بالتسبب. ويعرف هذا الشخص في الفقه الوضعي بأنه «الفاعل المعنوي للجريمة».

وتقتضي هذه الدراسة تحديد حكم الشخص الذي لم يقترف الفعل الذي يقوم به الركن المادي للجريمة أو جزءًا من هذا الفعل، ولكن كان حاضرًا أثناء ارتكاب الجريمة وفي مكان ارتكابها، يشذ أزر من ينفذها، ومستعدًا إذا اقتضت ظروف تنفيذها أن يأتي بنفسه الفعل الذي تقوم به أو جزءًا من هذا الفعل.

ويتعين في النهاية تحديد العقوبة المقررة للشريك المباشر في الحالات السابقة، وبصفة خاصة ما إذا كان يوقع عليه «الحد» أو «القصاص» المقرر من أجل الجريمة.

(أ) الاشتراك بالمباشرة الذي يتخذ صورة ارتكاب الفعل الذي يقوم به الركن المادي للجريمة (تعدد الفاعلين)

٥٤٠- ماهية النشاط الإجرامي للشريك المباشر:

تفترض هذه الحالة للاشتراك المباشر أن الفعل الذي يقوم به الركن المادي للجريمة قد تجزأ بين عدد من الجناة، فكل منهم أتى جزءًا منه، بحيث كان الفعل هو مجموع ما أتاه الجناة مجتمعين. والفرض في هذه الحالة أن نشاط كل جانٍ ارتبط بالنتيجة الإجرامية بعلاقة السببية. وأمثلة هذه الحالة أن ينهال عدد من الجناة ضرباً على المجني عليه قاصدين إزهاق روحه فيموت نتيجة لهذه الأفعال في مجموعها؛ أو أن يحملوه بين أيديهم فيقذفوه من أعلى بناء فيرتطم بالأرض ويموت. ومن أمثلة هذه الحالة كذلك أن يدخل عدد من الجناة مسكن المجني عليه لسرقته ويحمل كل منهم بعض متاعه وينصرف به.

ويصادفنا وضعان في هذه الحالة: وضع نجد فيه الفعل الذي ارتكبه كل جان على حدة كافياً لكي يسأل عن الجريمة مسئولية تامة، مثال ذلك أن يحدث كل جان بالمجني عليه جرحاً قاتلاً، أي يكون من شأن كل جرح على حدة أن يحدث وفاة المجني عليه، ولكن الجرحين في مجموعهما أحدثاها. ومثال ذلك أيضاً أن يدخل عدد من الجناة مسكن المجني عليه لسرقته ويحمل كل منهم بعض متاعه ويغادر به المسكن.

أما الوضع الثاني، فيفترض أن الفعل الذي ارتكبه كل جان على حدة غير كاف لأن تقوم به الجريمة، لأن ركنها المادي لم يتحقق بفعله وحده، ولكنه تحقق نتيجة الأفعال التي ارتكبها الجناة الآخرون مجتمعة بحيث لو نظرنا إلى فعله وحده وصرفنا النظر عن أفعال غيره لوجدنا الجريمة لم تتم به، مثال ذلك أن يريد عدد من الجناة قتل المجني عليه، فينهالوا عليه بعصيهم حتى يموت، ويثبت أن وفاته لم تكن راجعة إلى فعل واحد منهم، وإنما كانت راجعة إلى أفعالهم في مجموعها. وليس بين الوضعين فارق، فالجناة في جميع الفروض السابقة يعتبرون شركاء مباشرين.

٥٤١- شروط توافر الاشتراك المباشر في هذه الحالة:

يتعين أن تتوافر بين الجناة "الرابطة الذهنية" التي تربط الشركاء على الوجه الذي تقدم في بيان ضابط الوحدة المعنوية للجريمة. وضابط هذه الوحدة في الفقه الإسلامي هو "التمالؤ بين الجناة"، أي الاتفاق بينهم. وبناء على ذلك، فإنه إذا وجه كل جان الضربة القاتلة إلى المجني عليه، فمات من الضربتين، ولم يكن بين الجناة تمالؤ على ذلك، فلا يعتبران شريكين بالمباشرة في جريمة قتل واحدة، وإنما يعتبر كل منهما مرتكباً جريمة قتل على حدة.

وتفترض هذه الحالة كذلك أن كل فعل قد أسهم فعلاً في إحداث النتيجة، بحيث ثبت توافر علاقة السببية بينه وبين النتيجة، أما إذا كان أحد الأفعال لم يسهم في إحداث النتيجة فلا تتوافر هذه الحالة: فإذا ترتب على فعل أحد الجناة قطع يد المجني عليه أو بتر إصبع فيها، وترتب على فعل الثاني قطع رقبته، وثبت أن موت المجني عليه كان أثراً لفعل الثاني وحده، فلا تتوافر هذه الحالة؛ أي أن قطع يد المجني عليه أو بتر إصبعه لا يعتبر اشتراكاً بالمباشرة في جريمة القتل، وفق هذه الحالة.

(ب) الاشتراك بالمباشرة
الذي لا يتخذ صورة ارتكاب الفعل الذي يقوم به
الركن المادي للجريمة

٥٤٢- ماهية النشاط الذي تفترضه هذه الحالة للاشتراك المباشر:

يتمثل نشاط الجاني – في هذه الحالة – في إتيان فعل خارج عن الركن المادي للجريمة، وتكون له على الرغم من ذلك أهمية في ارتكابها، تقتضي التساؤل عما إذا كان يمكن وضعه في مصاف الفعل الذي يعتبر جزءًا من الركن المادي للجريمة.

ومن أمثلة هذه الحالة أن يمسك الجاني بالمجني عليه لمنعه من المقاومة تمكيناً لآخر من إعمال السلاح في جسمه؛ أو أن يوقف الجاني العربة التي يستقلها المجني عليه تمكيناً لآخر من طعنه الطعنة القاتلة؛ أو أن يكسر الجاني باب مسكن المجني عليه تمكيناً لزميله من الدخول فيه وارتكاب السرقة، أو أن يحطم قفل خزانة تمكيناً لزميله من الاستيلاء على محتوياتها.

ويتضح من هذه الأمثلة أن الإمساك بالمجني عليه لتعطيل مقاومته، أو إيقاف العربة التي يستقلها المجني عليه فعلان لا يدخلان في الركن المادي لجريمة القتل، إذ تقوم هذه الجريمة بفعل الاعتداء على الحياة، وقد ارتكبه من أعمل السلاح في جسم المجني عليه، وعلى الرغم من ذلك، فإن هذين الفعلين يمثلان أهمية كبيرة في تنفيذ جريمة القتل، وكسر باب مسكن لتمكين آخر من الدخول فيه، أو تحطيم قفل خزانة تمكيناً لآخر من الاستيلاء على محتوياتها ليس في ذاته الفعل الذي تقوم به جريمة السرقة، إذ قوام هذه الجريمة فعل إخراج المال من حرزه. وقد ارتكبه من دخل المسكن أو مد يده إلى محتويات الخزانة واستولى على المال؛ وعلى الرغم من ذلك فإن فعل كسر الباب أو فعل تحطيم القفل لهما أهمية كبيرة في تنفيذ جريمة السرقة، تبرر التساؤل عما إذا كان يمكن وضعه في مرتبة فعل إخراج المال من الحرز.

والفرض في الأمثلة السابقة وجود التمالؤ بين الجناة: فمن اقتصر نشاطه على الإمساك بجسم المجني عليه، أو على إيقاف العربة التي يستقلها، هو متمالئ

مع من ارتكب الفعل القاتل على إحداث وفاة المجني عليه. وكذلك الأمر بالنسبة لمن كسر باب المسكن أو حطم قفل الخزانة، فالفرض فيه أنه متمالئ مع من ارتكب فعل إخراج المال من حرزه.

٥٤٣- حكم الشخص الذي أتى فعلاً غير داخل في كيان الركن المادي للجريمة:

هل يعتبر هذا الشخص شريكاً مباشراً أم شريكاً بالتسبب عن طريق المعاونة؟

اختلف الرأي في الفقه الإسلامي بين رأي يوسع من مدلول الشريك المباشر ويدخل فيه الحالة السابقة، ورأي يضيق من هذا المدلول فيعتبر الحالة السابقة حالة اشتراك بالتسبب.

٥٤٤- الرأي الموسع في تحديد مدلول الاشتراك المباشر:

أساس هذا الرأي أن هذا الفعل، وإن كان غير داخل في كيان الركن المادي للجريمة إلا أنه يمثل مع ذلك أهمية كبيرة في تنفيذها، إذ بدونه ما كان يمكن تنفيذها، على الأقل في الصورة التي نفذت بها. ولما كان ضابط اعتبار الجاني شريكاً مباشراً في الجريمة أنه قام بدور رئيسي في ارتكابها، فإنه يتعين بناء على ذلك اعتبار الشخص الذي أتى الأفعال السابقة شريكاً مباشراً، لا مجرد شريك بالتسبب عن طريق المعاونة. وهذا الرأي يحتاج إلى ضابط يحدد درجة أهمية الفعل التي ترقى به إلى اعتباره ممثلاً دوراً رئيسياً في ارتكاب الجريمة يبرر اعتباره شريكاً مباشراً فيها.

يذهب الرأي الغالب في الفقه إلى اعتبار الجاني شريكاً بالمباشرة إذا أتى فعلاً يعتبر «معصية» قاصداً به تنفيذ الجريمة؛ أما إذا كان فعله الذي ارتكبه في سبيل الجريمة دون ذلك، أي لم يكن «معصية» فإن من يرتكبه هو شريك بالتسبب عن طريق المعاونة. ومناط ذلك أنه إذا نظر إليه في ذاته، وصرف النظر عن تمام الجريمة التي استهدف المساهمة فيها، لم يكن عليه عقاب، فإن المتهم الذي أتاه، وأسهم به مع منفذ الجريمة في ارتكابها يعد شريكاً بالتسبب.(٤٢٣)

---

(٤٢٣) الأستاذ عبد القادر عودة، ص ٣٦١.

وتطبيقاً لهذا الضابط، فإن من يقتصر نشاطه على مجرد إعداد السلاح الذي استعمل في القتل لا يعد شريكاً بالمباشرة، لأنه إذا نظرنا إلى فعله مجردًا، لم يكن في ذاته «معصية»: ذلك أن شراء سلاح أو صناعته لا معصية فيه، إذ يحتمل أن يكون القصد منه الدفاع عن النفس أو المال، أي «دفع الصائل»، ولكنه يعد بهذا الفعل الذي أسهم به في القتل، باعتباره سلم السلاح الذي اشتراه أو صنعه إلى من باشر القتل، شريكاً بالتسبب. والمثل يقال بالنسبة لمن اقتصر نشاطه على إعداد المفاتيح التي سوف تستعمل في فتح باب المسكن المراد ارتكاب السرقة فيه، أو على إعداد السلم الذي سوف يستخدم في تسور هذا المسكن.

ولكن من يمسك بذراع المجني عليه، ويشل بذلك مقاومته، كي يمكن آخر من قتله، فإن فعله يعتبر بالنسبة لجريمة القتل «معصية»: ذلك أنه نشاط خطر في ذاته على حياة المجني عليه، ويمثل مرحلة متقدمة في مشروع القتل، ويكشف عن نية قاطعة متجهة إلى تنفيذه، فيعتبر – بناء على ذلك – شريكاً مباشراً لمن نفذ القتل. والمثل يقال بالنسبة لمن أوقف العربة التي يستقلها المجني عليه ليتمكن آخر من قتله، وبالنسبة لمن كسر باب مسكن أو حطم قفل خزانة، لتمكين زميله من إتمام السرقة.[٤٢٤]

٥٤٥- مقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه الوضعي:

يتفق الفقه الوضعي مع الفقه الإسلامي في الأخذ بالضابط السابق للتمييز بين الشريك بالمباشرة والشريك بالتسبب، مع اختلاف يسير في المصطلحات، لا يمس النتائج.

فيطلق الفقه الوضعي على الفعل الذي يعتبر معصية في اتجاه الجريمة، ويسهم به صاحبه في ارتكاب الجريمة تعبير «العمل التنفيذي»، أو «البدء في التنفيذ»، ويطلق على الفعل الذي لا يعتبر معصية ويسهم به صاحبه في الجريمة تعبير «العمل التحضيري» للجريمة. ويلاحظ أن مناط التمييز بين العمل التنفيذي والعمل التحضيري هو ذاته معيار التمييز بين ما يعتبر «معصية» وما لا يعتبر

---

(٤٢٤) يراجع في هذا المعيار، شرح الدردير، جـ ٤، ص ٢١٧؛ نهاية المحتاج، جـ ٧ ص ٢٦١؛ تحفة المحتاج جـ ٤ ص ١٤؛ حاشية البيجرمي على المنهج جـ ٤ ص ١٤٠، الاقناع جـ ٤ ص ٧١.

كذلك، إذ المعصية كالفعل التنفيذي معاقب عليها؛ أما الفعل الذي لا يعتبر معصية أو العمل التحضيري فلا عقاب عليه.

وتطبيق هذا الضابط في الفقه الوضعي يقتضي النظر إلى الفعل الذي ارتكبه الجاني ثم التساؤل – مفترضين أنه لم يرتكب غيره، وأن الجريمة لم تتم بعد – عما إذا كان يعد بدءًا في تنفيذها أم يعد مجرد عمل تحضيري لها: فإذا تبين أنه بدء في تنفيذ الجريمة، فالجاني «فاعل للجريمة مع غيره»، وهو ما يقابل «الشريك بالمباشرة»، أما إذا تبين أنه لا يعدو أن يكون مجرد عمل تحضيري لها، فالجاني شريك في الجريمة بالمساعدة، وهو ما يقابل «الشريك بالتسبب» بالمعاونة.

وقد عبر القانون المصري عن الفاعل مع غيره في هذا الفرض في الفقرة الثانية من المادة ٣٩ من قانون العقوبات بقوله «يعد فاعلاً للجريمة ... من يدخل في ارتكابها إذا كانت تتكون من جملة أفعال فيأتي عمداً عملاً من الأعمال المكونة لها». وقد انتقل هذا التعريف إلى قوانين عربية أخرى. وقد استعانت محكمة النقض المصرية في تفسير هذا النص بمعيار التمييز بين العمل التنفيذي، أي «البدء في التنفيذ» الذي يصلح ليقوم الشروع في الجريمة به، والعمل التحضيري الذي لا يصلح ليقوم به الشروع. وقد قالت المحكمة تعبيراً عن هذا المعيار أنه «يعد فاعلاً للجريمة من تكون لديه نية التدخل في ارتكابها فيأتي عمداً عملاً من الأعمال التي ارتكبت في سبيل تنفيذها متى كان هذا العمل في حد ذاته يعتبر شروعاً في ارتكابها ولو كانت الجريمة لم تتم به بل تمت بفعل واحد أو أكثر ممن تدخلوا معه فيها»[٤٢٥]. وقد قضت تطبيقاً لهذا المعيار بأنه: «إذا اتفق شخصان على ارتكاب جريمة قتل ثم اعتدى كل منهما على المجني عليه تنفيذاً لما اتفقا عليه. فإن كلاً منهما يعتبر فاعلاً لا شريكاً، ولو كانت وفاة المجني عليه لم تنشأ إلا عن فعل واحد منهما عرف أو لم يعرف».[٤٢٦]

---

(٤٢٥) نقض ٣ فبراير ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية جـ ٥ رقم ٢٠٠ ص ٣٨٣؛ والمحكمة مستقرة على الأخذ بهذا الضابط، انظر تطبيقاً حديثاً له: نقض ١٩ أبريل ١٩٨١ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٣٢ رقم ٦٦ ص ٣٦٦.

(٤٢٦) نقض ٣ فبراير ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية جـ ٥ رقم ٢٠٠ ص ٣٨٣.

وقد انتقل هذا المعيار إلى القانون اللبناني (المادة ٢١٢)، والقانون السوري (المادة ٢١١)، والقانون الأردني (المادة ٧٠)، والقانون البحريني (المادة ٤٣ الفقرة الثالثة)، فقد فسر الفقه والقضاء العبارة الأخيرة من المادة ٢١٢ من قانون العقوبات اللبناني التي تضمنت تعريف فاعل الجريمة على أنه «... من ساهم مباشرة في تنفيذها»، على أن المراد به – في إحدى حالتي تطبيقه – من يأتي فعلاً في سبيل الجريمة يعتبر بدءًا في تنفيذها، إذا نظر إليه في ذاته، وافترض أن الجريمة لم تتم.

٥٤٦ – مذهــب الإمام أبي حنيفة في التضييق من مدلــول الشريك المباشر:

ذهب الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه إلى التضييق في تحديد مدلول الشريك المباشر، يقابله – بطبيعة الحال – توسع في تحديد مدلول الشريك بالتسبب عن طريق المعاونة. فقد رأى قصر مدلول الشريك المباشر على حالة من يقترف الفعل الذي يقوم به الركن المادي للجريمة كله أو جزءًا منه. أما إذا كان الفعل المسند إلى الجاني لا يدخل في كيان الركن المادي للجريمة فإنه يعتبر شريكاً بالتسبب. وبناء على ذلك، فإن من يمسك بذراع المجني عليه لتمكين جان آخر من قتله، أو يوقف العربة التي يستقلها المجني عليه لتمكين جان آخر من قتله، أو يكسر باب مسكن أو يحطم قفل خزانة لتمكين شخص آخر من سرقة مال، فهو لا يعتبر شريكاً مباشراً وإنما يعتبر شريكاً بالتسبب عن طريق المعاونة.

وهذا الشخص يسأل عن فعله فقط، أي يسأل في الفروض السابقة عن شروع في قتل أو شروع في سرقة. ويسأل في الفرضين الأخيرين – بالإضافة إلى ذلك – عن إتلاف مال الغير.

ورأى الإمام أن يعامل الجاني في الفروض السابقة معاملة الشخص الذي أسهم مادياً مع شخص آخر في ارتكاب الجريمة، دون أن يكون بينهما تمالؤ، وإنما كان بينهما مجرد توافق، كما في مثال شخصين قطع أحدهما رقبة المجني عليه بنية قتله. وقطع الثاني يده بنية قتله كذلك، وكان ما بينهما مجرد توافق، إذ يسأل كل منهما عن فعله؛ الأول وحده عن القتل، والثاني عن قطع اليد فقط.[٤٢٧] وقد أخذ بمذهب الإمام أبي حنيفة بعض الفقهاء في مذهب الإمام الشافعي[٤٢٨] ومذهب الإمام أحمد.[٤٢٩]

---

(٤٢٧) الزيلعي، جـ ٦ ص ١١٤؛ البحر الرائق، جـ ٨ ص ٣١٠.

(٤٢٨) الشرح الكبير، جـ ٩ ص ٣٣٥؛ المهذب، جـ ٢ ص ٧١٦.

(٤٢٩) المغني جـ ٩ ص ٢٦٦.

ويستند مذهب الإمام أبي حنيفة – من الوجهة النظرية – إلى تفسير لغوي محدود لتعبير «المباشرة»، إذ المتبادر إلى الفهم أن يعني هذا التعبير مباشرة الفعل الذي تقوم به الجريمة كله أو جزءًا منه؛ أما من أتى فعلاً دون ذلك، فلا يصدق عليه لغة أو عقلاً أنه باشر الجريمة، ذلك أن سلوكه مختلف عن الفعل الذي تنسب إليه المباشرة.

ومن الوجهة العملية، فإن مذهب الإمام أبي حنيفة يحصر المجال الذي تطبق فيه عقوبات القصاص والحدود، فالقصاص أو الحد لا يوقع إلا على من باشر الجريمة التي قرر لها الشارع القصاص أو الحد. أما من لم يباشر هذه الجريمة، وإنما باشر جريمة مختلفة، وإن كانت ذات صلة بها، فلا توقع عليه إلا عقوبة تعزيرية.

وقد أخذت محكمة النقض المصرية – فيما مضى – برأي قريب من رأي الإمام أبي حنيفة، فذهبت في بعض أحكامها إلى أنه «لتبيان الحد الفاصل بين الفاعل الأصلي والشريك في جريمة تعدد فيها المتهمون ينظر إلى الأعمال التي اقترفها كل منهم فإن كانت هذه الأعمال داخلة مادياً في تنفيذ الجريمة التي حدثت عد مقترفها فاعلاً أصلياً، أما إذا كانت تلك الأعمال غير داخلة في تنفيذها اعتبر مقترفها شريكاً فقط، إذا كان هذا العمل هو من قبيل التحريض أو الاتفاق أو المساعدة بالقيود المعروفة في المادة ٤٠ من قانون العقوبات»[٤٣٠]. وتطبيقاً لهذا المذهب، قضت المحكمة بأنه «إذا أطلق شخصان عيارين ناريين على المجني عليه وأثبت الكشف الطبي أن الوفاة حصلت من مقذوف واحد ولم يتبين أي مقذوف من الاثنين هو الذي تسبب عنه القتل فإنه لا يجوز اعتبارهما فاعلين أصليين لهذه الجريمة، وإنما «القدر المتيقن» في حق كل منهما هو أنه شريك لفاعل أصلي مجهول من بينهما»[٤٣١].

ولكن المحكمة عدلت فيما بعد عن هذا المعيار المضيق لمدلول الفاعل، وعادت إلى المعيار الموسع الذي يوسع من نطاق مدلول فاعل الجريمة، ليشمل كذلك من يأتي فعلاً لا يدخل في نطاق الركن المادي للجريمة، إذ ليس جزءًا من الفعل الذي يقوم عليه هذا الركن، وإنما يعتبر – إذا نظر إليه في ذاته – أنه بدءًا

---

(٤٣٠) نقض ٢٢ فبراير ١٩٣١ مجموعة القواعد القانونية جـ ٢ رقم ١٨٨ ص ٢٤٢.

(٤٣١) نقض ٥ أبريل ١٩٣١ مجموعة القواعد القانونية جـ ٣ رقم ٢٣٤ ص ٢٨٦.

في تنفيذها، وفقاً للقواعد المقررة في نظرية الشروع في الجريمة. وبناء على ذلك، قضت بأنه إذا اتفق شخصان على ارتكاب جريمة قتل ثم اعتدى كل منهما على المجني عليه تنفيذاً لما اتفقا عليه، فإن كلاً منهما يعتبر فاعلاً لا شريكاً إذا كانت وفاة المجني عليه قد نشأت عن فعل واحد منهما عرف أو لم يعرف»[٤٣٢].

وقضت بأنه «من المقرر أن الجاني لا يسأل بصفته فاعلاً في جريمة الضرب المفضي إلى الموت، إلا إذا كان هو الذي أحدث الضربة أو الضربات التي أفضت إلى الوفاة أو ساهمت في ذلك، أو أن يكون هو الذي اتفق مع غيره على موت المجني عليه ثم باشر معه الضرب تنفيذاً للغرض الإجرامي الذي اتفق عليه ولو لم يكن هو محدث الضرب أو الضربات التي سببت الوفاة، بل كان غيره ممن اتفق معهم هو الذي أحدثها»[٤٣٣].

٥٤٧ – حضور الجاني أثناء تنفيذ الجريمة:

٥٤٨ – نظرية الإمام مالك في اعتبار الجاني الذي يحضر أثناء ارتكاب الجريمة شريكاً بالمباشرة:

ذهب الإمام مالك رضي الله عنه إلى المزيد من التوسع في تحديد نطاق الاشتراك بالمباشرة، فرأى أن يعتبر شريكاً بالمباشرة، كل جان كان حاضراً أثناء ارتكاب المباشر الجريمة، أي أثناء تنفيذها. وهذا التوسع يضيق إلى حد كبير من نطاق الاشتراك في الجريمة بالتسبب، لكي يوسع في مقابل ذلك من نطاق الاشتراك بالمباشرة.

ووفقاً لنظرية الإمام مالك، فإن كل جان أتى فعلاً هو في ذاته اشتراك في الجريمة بالتسبب، لأنه تحريض عليها أو إعانة عليها، ولكنه أتى ذلك الفعل في الوقت الذي كان زميله ينفذ فيه الجريمة، وظهر به في المكان الذي اقترف فيه هذا الفعل، وكان متمالئًا مع منفذ الجريمة على ارتكابها، بحيث كانت جريمتهما واحدة، وكان في النهاية مستعداً للتدخل في تنفيذها، أو تنفيذها بمفرده إذا عجز عن ذلك

---

(٤٣٢) نقض ٣ فبراير ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية جـ ٥ رقم ٢٠٠ ص ٣٨٣؛ ٣٠ مايو ١٩٧٠ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢١ رقم ١٧٩ ص ٧٦٠.

(٤٣٣) نقض ٢ مايو ١٩٦٦ مجموعة أحكام محكمة النقض س ١٧ رقم ٩٩ ص ٥٥١.

المنفذ، كما لو عرض له التردد أو اعتراه الجبن إذا توافرت هذه الشروط عد هذا الشخص شريكاً بالمباشرة؛ وخضع لجميع أحكام الاشتراك بالمباشرة.

ويتضح بذلك أن نظرية الإمام مالك في التوسع من نطاق الاشتراك بالمباشرة متعددة العناصر: إذ تتطلب في النشاط الذي يأتيه الجاني أن يقوم به – في أصله – الاشتراك بالتسبب، فهو تحريض على الجريمة أو إعانة عليها. وهذا الشرط يتسم بالمرونة، إذ هو يختلف ضيقاً واتساعاً باختلاف وسائل الاشتراك بالتسبب التي يعترف بها الفقه. ويتعين أن يأتي الجاني نشاطه في المكان الذي تنفذ فيه الجريمة، مما يقتضي أن يكون حاضراً في هذا المكان، أي أن يكون – في تعبير الفقه الوضعي – ظاهراً به على مسرحها. فثمة صلة مكانية تفترضها النظرية. ويرتبط بذلك أن يأتي الجاني نشاطه في الوقت الذي تنفذ فيه الجريمة، فثمة معاصرة زمنية كذلك تفترضها النظرية. ويتعين أن يكون الجاني مستعداً لتنفيذ الجريمة بنفسه، أي مستعداً لأن يتدخل لمباشرة الجريمة، إذا ظهر عجز المباشر عن تنفيذها أو عن الاستمرار في تنفيذها.[٤٣٤] وهذه النظرية انفرد بها الإمام مالك، لم يشاركه فيها فقهاء المذاهب الأخرى.[٤٣٥]

٥٤٩ – حجة نظرية الإمام مالك:

حجة نظرية الإمام مالك أن الشريك بالتسبب إذا توافرت له الشروط السابقة، فإنه يقوم بدور رئيسي في ارتكاب الجريمة.

فهو من ناحية يمالئ منفذ الجريمة، ويأتي فعله في وقت تنفيذ الجريمة وفي مكانه، ويراه المجني عليه فيشعر بالرعب ويجبن عن المقاومة التي كان يستطيعها لو كان المباشر وحده، وسلوكه ينطوي على تشجيع للمنفذ، ويدخل الجرأة إلى نفسه مما يجعله ينفذ الجريمة في ثقة وهدوء، فيأخذ التنفيذ الوقت الكافي وينتهي على الصورة التي تضمنتها خطة الجريمة.[٤٣٦] ومن الممكن استنادًا إلى منطق النظرية أن يتسع نطاقها، فلا يقتصر على حالة إتيان الجاني فعلاً يفترض الاشتراك بالتسبب، وإنما يتسع لأي فعل ينطوي على تشجيع منفذ

---

(٤٣٤) شرح الزرقاني، جـ ٨ ص ١٠؛ مواهب الجليل جـ ٦ ص ٢٤٢. وانظر في تفصيل النظرية: الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة، رقم ٤١١ ص ٣٥٩.

(٤٣٥) الأستاذ عبد القادر عودة، ص ٢٦٧.

(٤٣٦) الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة، رقم ٤١١ ص ٣٥٩.

الجريمة أو توفير الظروف المواتية للتنفيذ، مثال ذلك مراقبة الطريق أو توفير الحراسة لمنفذ الجريمة أثناء قيامه بتنفيذها.

٥٥٠ – الحضور أثناء تنفيذ الجريمة في التشريع والفقه الوضعي:

أقر الشارع العراقي مبدأ اعتبار الحضور أثناء تنفيذ الجريمة حالة لاعتبار الجاني فاعلاً للجريمة، فقد نصت المادة ٤٩ من قانون العقوبات العراقي على أن «يعد فاعلاً للجريمة كل شريك بحسب المادة ٤٨ كان حاضراً أثناء ارتكابها أو ارتكاب أي فعل من الأفعال المكونة لها». وقد جعل هذا القانون وسائل الاشتراك – أسوة بغالبية التشريعات العربية – التحريض والاتفاق والمساعدة.

وأقر هذا المبدأ كذلك قانون الجزاء الكويتي، فقد قضت المادة ٤٧ منه على أن «يعد فاعلاً للجريمة ... ثانياً– «من يكون حاضرًا في المكان الذي ترتكب فيه الجريمة أو بقربه بقصد التغلب على أية مقاومة أو بقصد تقوية عزم الجاني». وأقره كذلك قانون العقوبات لدولة الإمارات العربية المتحدة، فنصت المادة ٤٦ منه على أن «يعد في حكم الشريك المباشر كل شريك بالتسبب وجد في مكان الجريمة بقصد ارتكابها إذا لم يرتكبها غيره».

ويلاحظ أن القانون العراقي قد تطلب لاعتبار من يحضر أثناء ارتكاب الجريمة فاعلاً لها، أي شريكاً مباشراً فيها، أن يأتي فعلاً تقوم به إحدى وسائل الاشتراك في الجريمة، في حين اقتصر القانون الكويتي على مجرد أن يتوافر لديه «قصد التغلب على أية مقاومة أو قصد تقوية عزم الجاني»، ولو لم يصدر عنه فعل معين، أما قانون الإمارات العربية المتحدة، فقد تطلب أن يتوافر لدى الحاضر «قصد ارتكاب الجريمة»، إذا لم يرتكبها غيره، أي شريكه في الجريمة، وهو ذات ما تطلبه الإمام مالك. وبناء على ذلك، كان هذا القانون أقرب هذه القوانين إلى نظرية الإمام مالك.

وعلى الرغم من أن قانون العقوبات المصري لم يتضمن نصاً يعتبر به الحاضر أثناء تنفيذ الجريمة فاعلاً لها، أي شريكاً مباشراً فيها، فإن محكمة النقض قد أقرت توسعاً في مدلول «الفاعل مع غيره» أدخلت به الحاضر أثناء تنفيذ الجريمة فاعلاً. واشترطت لذلك أن يثبت – بالرجوع إلى خطة الجريمة وتوزيع الأدوار بين الجناة – أن الدور الذي عهد إلى الحاضر هو دور رئيسي

يقتضي ظهوره على مسرح الجريمة. ويتضح أن ما اشترطته المحكمة هو أن يثبت أن الدور المعهود إلى الحاضر أثناء التنفيذ هو «دور رئيسي»، وجعلت مناط ذلك هو: خطة الجريمة؛ وكيفية توزيع الأدوار بين الجناة. واعتبرت القرينة على ذلك هي الظهور على مسرح الجريمة، وهو ما يقتضي قيامه بالدور المعهود به إليه في المكان الذي يعتبر مسرحاً لها، وأن يقوم به أثناء الوقت الذي تنفذ فيه الجريمة، ولم تشترط محكمة النقض أن يتخذ الفعل الذي كلف بالقيام به صورة إحدى وسائل الاشتراك، ولم تتطلب كذلك أن يثبت قصد إتيان الفعل التنفيذي (مباشرة الجريمة) إذا لم يأته مباشر الجريمة، وهو أهم ما تطلبه الإمام مالك في نظريته. وقد قضت محكمة النقض تطبيقاً لذلك «أنه إذا كان المتهم قد وقف ليرقب الطريق بينما كان زملاؤه يجمعون القطن لسرقته فإنه – مثل زملائه – يكون فاعلاً أصلياً في السرقة لأن الذي فعله هو من الأعمال المكونة لها».[٤٣٧] وقضت بأن يعد فاعلاً لا شريكاً في جريمة الإتلاف المتهم الذي يقف حاملاً سلاحاً إلى جانب زملائه ليحرسهم وهم يتلفون الزراعة لأن فعله هذا هو من الأعمال المكونة للجريمة.[٤٣٨] وذهبت إلى أنه إذا كان المتهمون في سرقة قد قام بعضهم بتلهية سكان المنزل وبعضهم بدخوله والاستيلاء على المسروقات وتمت الجريمة بناء على ذلك فإنهم جميعاً يكونون فاعلين أصليين للسرقة.[٤٣٩] وقضت بأنه إذا أطلق كل من المتهمين عياراً نارياً على المجني عليه فخر صريعاً ثم جعل المتهم الثالث يطلق الرصاص من بندقيته يميناً وشمالاً لإرهاب من في السوق وحتى يتمكنوا جميعاً من الفرار مما مفاده أن الدور الذي عهد به إليه وساهم به في تنفيذ الجريمة هو تمكين زميليه من تحقيق الغرض المتفق عليه بينهم، وهو القتل وحماية ظهريهما في مسرح الجريمة في فترة التنفيذ وتسهيل هربهما بعد ذلك، فهو فاعل معهما لجريمة القتل العمد.[٤٤٠]

وقد أسندت محكمة النقض قضاءها إلى عبارة الفقرة الثانية من المادة ٣٩ من قانون العقوبات المصري التي جعلت من بين حالات الفاعل مع غيره، «من

---

(٤٣٧) نقض ٨ يناير ١٩٤٠ مجموعة القواعد القانونية جـ ٥ رقم ٤٥ ص ٦٧.

(٤٣٨) نقض ٢٦ مايو ١٩٤١ مجموعة القواعد القانونية جـ ٥ رقم ٢٦٩ ص ٥٢٦؛ ونقض ٦ مارس ١٩٥١ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٢ رقم ٢٧٣ ص ٧٢٣.

(٤٣٩) نقض ٢٢ ديسمبر ١٩٤٢ مجموعة القواعد القانونية جـ ٥ رقم ٣٣٣ ص ٦٠٣.

(٤٤٠) نقض ٩ ديسمبر ١٩٥٧ مجموعة أحكام محكمة النقض س ٩ رقم ٢١٦ ص ٨٧٩.

يدخل في ارتكاب الجريمة إذا كانت تتكون من جملة أعمال فيأتي عمداً عملاً من الأعمال المكونة لها». وقررت المحكمة أن «فعل الجاني هو من الأفعال المكونة للجريمة التي يعنيها الشارع في الفقرة الثانية من المادة ٣٩ من قانون العقوبات، فيُعَدُّ فاعلاً لها».

٥٥١ – تقييم نظرية الإمام مالك:

إن نظرية الإمام مالك هي الأصل العلمي للآراء الفقهية والمذاهب التشريعية والاتجاهات القضائية الحديثة. ونرجح أن تكون الأصل التاريخي لها كذلك، وإن يكن بطريق غير مباشر.

ونرى أن هذه النظرية جديرة بالتأييد، ذلك أنها تعمقت حتى بلغت علة التمييز بين الشريك المباشر والشريك بالتسبب: فإذا كانت هذه العلة أن الأول يقوم في تنفيذ الجريمة بدور رئيسي في حين يقوم الثاني بدور ثانوي، فإنه إذا ثبت أن الشريك الذي يحضر أثناء تنفيذ الجريمة، ويظهر على مسرحها، على نحو يقوي به عزم المباشر، ويرهب بحضوره المجني عليه، ويتوافر له قصد تنفيذ الجريمة إذا لم ينفذها المباشر، إنما يقوم «بدور رئيسي» في تنفيذها، فإنه استناداً إلى العلة السابقة يجب أن يعتبر «شريكاً بالمباشرة». ولا وجه للقول بعدالة تجنيبه العقوبة المقدرة، إذ هو يستحقها عدالة لقيامه بدور رئيسي في تنفيذ الجريمة المقررة لها هذه العقوبة.

وقد انتقد قضاء محكمة النقض المصرية على أساس أنه لا يستند إلى نص صريح في قانون العقوبات، بالإضافة إلى أنه يخالف المعيار الذي أقرته تعليقات الحقانية، التي عرفت «الفاعل مع غيره» بأنه من يأتي فعلاً يُعَدُّ بدءاً في تنفيذ الجريمة، ذلك أن من يأتي فعله أثناء تنفيذ الجريمة ويقصد به شد أزر الجاني، لا يأتي فعلاً يوصف بأنه بدء في تنفيذ الجريمة. ولكن هذه الحجة لا محل لها في الفقه الإسلامي، حيث لا وجه للتقيد بالنصوص الواردة في القانون المصري.

المطلب الثالث
نظرية (المباشر) المعنوي للجريمة
في الفقه الإسلامي
(الفاعل المعنوي)

٥٥٢ – تعريف المباشر (الفاعل) المعنوي للجريمة:

المباشر المعنوي للجريمة هو من يسخر غيره في تنفيذها، فيكون في يده بمثابة أداة يستعين بها في تحقيق العناصر التي تقوم عليها: فالفاعل المعنوي قد نفذ الجريمة ولكن بواسطة غيره.

ولنظرية المباشر المعنوي مجالان:

المجال الأول، هو حيث يكون المنفذ المادي للجريمة غير أهل للمسئولية كصغير غير مميز أو مجنون: مثال ذلك من يغري مجنوناً بوضع النار في مسكن المجني عليه، فتقع بذلك جريمة الحريق.

والمجال الثاني، هو حيث يكون المنفذ المادي للجريمة حسن النية لا يعلم بالصفة غير المشروعة للفعل الذي يطلب منه إتيانه، وإنما يعتقد أنه يقوم بفعل مشروع، مثال ذلك من يسلم شخصًا طعاماً خالطته مادة سامة مخفياً عنه وجود هذه المادة في الطعام، ويسأله أن يقدمه للمجني عليه فيفعل ذلك، وتقع جريمة التسميم. ومن يطلب من خادم في مطعم أو ناد أن يسلمه معطفاً مملوكاً لغيره، فيجيبه إلى ذلك معتقداً أن المعطف لمن طلب إليه ذلك.

ووفقاً لنظرية «الفاعل المعنوي» يعتبر الشخص الذي دفع إلى ارتكاب الفعل الذي تقوم به الجريمة شخصاً غير أهل للمسئولية أو شخصاً أهلاً لها ولكنه حسن النية، فاعلاً الجريمة، وفي التعبير الشرعي هو «مباشر الجريمة»، شأنه في ذلك شأن من استعمل أداة مادية في إتيان ذلك الفعل، ويطلق على منفذ الجريمة غير الأهل أو حسن النية تعبير «الأداة البشرية» في تنفيذ الجريمة.

ويلاحظ الفرق بين الفاعل المعنوي للجريمة والشريك بالمباشرة. **فالأول** يستعين بمن لا يعدو أن يكون مجرد أداة مسخرة في يده، في حين يتعاون **الثاني**

مع شخص آخر له في نظر القانون وجوده ومسئوليته: فالشريكان ندان، أما منفذ الجريمة فهو في مركز دون مركز فاعلها أو مباشرها المعنوي.

٥٥٣ – اعتراف الفقه الإسلامي بنظرية المباشر المعنوي للجريمة:

تضمن بيان الإمام ابن قدامة لحالات مباشر الجريمة، حالة الشخص الذي يكره شخصاً آخر على قتل المجني عليه (النوع السابع، الضرب الأول)، فقرر أن القصاص يجرى عليهما معاً: من صدر عنه الإكراه ومن وقع عليه الإكراه. وذكر أن علة وجوبه على من صدر عنه الإكراه أنه تسبب في قتل المجني عليه بما يفضي إليه غالباً، فأشبه من ألسعه حية أو ألقاه على أسد في زيبة.[٤٤١] وفي هذا الفرض كان منفذ الجريمة خاضعاً لإكراه من دفعه إلى ارتكابها، ونرى أن يقاس على ذلك الوضع الذي يكون فيه منفذ الجريمة خاضعاً لإكراه معنوي، ذلك أنه امتنعت مسئوليته (باعتبار أن الإكراه المعنوي سبب لامتناع المسئولية). وتقاس عليه سائر أسباب امتناع المسئولية كصغر السن دون التمييز والجنون. وهذا الفرض هو – على ما تقدم – أحد مجالي تطبيق نظرية المباشر المعنوي. والأخذ بالنظرية في أحد مجاليها يقتضي – لاتحاد العلة – الأخذ بها في مجالها الآخر وهو حالة المنفذ حسن النية. (ونستبعد – على ما قدمنا – حالة استعمال شخص الإكراه المادي لدفع المكره إلى إتيان الفعل الذي يقوم به الجريمة، إذ يعتبر المكره مباشراً مادياً في المدلول المعتاد). وقد أقر هذه النظرية فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة.[٤٤٢]

٥٥٤ – رفض الإمام أبي حنيفة نظرية المباشر المعنوي:

لا يوافق الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه على نظرية المباشر المعنوي، ويقصر مسئولية الشخص عن الفعل الذي دفع إليه غيره على حالة الإكراه المادي.[٤٤٣] وهذه الحالة مستبعدة على ما تقدم من نطاق نظرية المباشر المعنوي،

---

(٤٤١) المغني، جـ ٩ ص ٣٣١.

(٤٤٢) الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٢١٦، ٢١٨؛ المهذب جـ ٤ ص ١٨٩؛ المغني جـ ٩ ص ٣٣٣.

(٤٤٣) بدائع الصنائع، جـ ٧ ص ١٨٠.

وتدخل في نطاق الحالة العادية للمباشر المادي. ويترتب على رأي الإمام أبي حنيفة أن المباشر المعنوي في مدلوله السابق، يعتبر مجرد شريك بالتسبب.

وقد تكون العلة التي يستند إليها رأي الإمام أبي حنيفة أن حالة تسخير شخص غيره لارتكاب الجريمة لا تتوافر إلا في حالة الإكراه المادي، إذ هي التي يصدق فيها أن الخاضع للإكراه كان أداة في يد المكره ويصدق فيها – بناء على ذلك – أن المكره قد باشر الجريمة عن طريق شخص هو في حكم الأداة.

وهذا الرفض لنظرية المباشر المعنوي يتسق مع الاتجاه العام للإمام أبي حنيفة في التضييق من نطاق الحالات التي توقع فيها العقوبة المقررة (الحد والقصاص)، وذلك بقصرها على حالات المباشرة المادية.

٥٥٥ – أسانيد نظرية المباشر المعنوي:

أهم سند لنظرية المباشر المعنوي أنه لا يشترط أن يباشر الجاني الجريمة مستعيناً بأعضاء جسمه وحدها، وإنما يتصور أن يستعين بأداة منفصلة عن جسمه يستزيد بها من إمكاناته على تنفيذها، وتستوي الأدوات التي يمكن أن يستعين بها، فلا فرق بين أن تكون الأداة جماداً كسلاح يستعمله لذلك، أو حيواناً كوحش يطلقه على المجني عليه، أو أن تكون إنساناً غير أهل للمسئولية أو حسن النية ليس لشخصيته استقلالها ولا لإرادته الآثمة وجودها: ففي جريمة القتل مثلاً لا يشترط أن يخنق الجاني المجني عليه بيديه أو أن يضربه بيديه أو قدميه الضربات المميتة، وإنما يعتبر الجاني قاتلاً إذا ما استعان على تنفيذ جريمته بأداة، سواء كانت هذه الأداة جماداً، كحبل يستخدمه في خنق المجني عليه أو عصا يستعملها في ضربه؛ أو كانت حيواناً كثعبان يتركه في غرفة نومه، أو كانت إنساناً غير ذي إرادة آثمة، كمجنون يسلمه الجاني المادة المتفجرة ليضعها في مكان إقامة المجني عليه، أو شخصاً حسن النية يعطيه الجاني المادة السامة بعد أن يوهمه أنها دواء شاف لكي يضعها في طعام المجني عليه.

ويدعم هذه النظرية كذلك، أن نشاط المباشر المعنوي لا يصدق عليه أنه تحريض على الجريمة أو مساعدة على تنفيذها، فإذا ثبت ذلك، وكان هذا النشاط إسهاماً في الجريمة، فإنه لا يكون مفر من اعتبار هذا النشاط مباشرة للجريمة.

والحجة في أن نشاط المباشر المعنوي ليس تحريضاً على الجريمة أن التحريض يعني خلق التصميم الإجرامي لدى شخص آخر، ولا يتصور أن يخلق ذلك التصميم إلا إذا وجه التحريض إلى شخص يستطيع أن يدرك دلالته الإجرامية، وأن يكون قد أدركها حقيقة ولا يتحقق ذلك إذا وجه الجاني نشاطه إلى شخص غير أهل للمسئولية، إذ في غير استطاعته أن يدرك ذلك، أو وجهه إلى شخص حسن النية، إذ هو غير مدرك ذلك، وإن كان في استطاعته إدراكه.

أما المعاونة على الجريمة، فهي تتطلب – رابطة ذهنية تجمع بين منفذ الجريمة ومن يقدم له العون، وتفترض هذه الرابطة علم طرفيها بالصفة الإجرامية للفعل والغاية المستهدفة به: فإذا كان من ينفذ الجريمة لا يستطيع إدراك الصفة الإجرامية للفعل، أو كان لا يدركها حقيقة، فإن هذه الرابطة لا تتوافر، ومن ثم لا تتوافر عناصر المعاونة كوسيلة للاشتراك بالتسبب.

فإذا نفينا عن نشاط المباشر المعنوي أنه تحريض أو معاونة، واعترفنا في الوقت ذاته بأنه مساهمة في الجريمة، فإنه لا يكون مفر من اعتباره مباشراً للجريمة.

٥٥٦– نظرية المباشر المعنوي للجريمة في التشريعات العربية:

بعض التشريعات العربية أقرت نظرية المباشر المعنوي للجريمة:

فقد اقرها قانون الجزاء الكويتي: فالمادة ٤٧ ثالثاً منه نصت على أن «يعد فاعلاً للجريمة من يحرض على ارتكاب الجريمة شخصاً غير أهل للمسئولية الجنائية أو حسن النية». ونصت المادة ٤٧، الفقرة (٣) من قانون العقوبات العراقي على أن «يعد فاعلاً للجريمة من دفع بأية وسيلة، شخصاً على تنفيذ الفعل المكون للجريمة إذا كان هذا الشخص غير مسئول جزائياً عنها لأي سبب». ونصت المادة ٤٤ من قانون الإمارات العربية المتحدة على أن «يكون الشريك مباشراً للجريمة: إذا سخر غيره بأية وسيلة، لتنفيذ الفعل المكون للجريمة وكان هذا الشخص الأخير غير مسئول عنها جزائياً لأي سبب». ونصت المادة ٤٥ من قانون العقوبات الجزائري على أن «من يحمل شخصاً لا يخضع لعقوبة بسبب وضعه أو صفته الشخصية على ارتكاب جريمة يعاقب بالعقوبة المقررة لها». ونصت المادة ٤٣ من قانون العقوبات البحريني على أن «يعد فاعلاً بالواسطة من يحمل على ارتكاب الجريمة منفذاً غير مسئول».

ويتجه الفقه المصري الحديث إلى تأييد «نظرية الفاعل المعنوي».

٥٥٧- ترجيح نظرية المباشر المعنوي في الفقه الإسلامي:

نرى أن نظرية المباشر المعنوي لا تخالف نصاً شرعياً أو تناقض مبدأ مقرراً في الفقه الإسلامي، وبالإضافة إلى ذلك فإن لها أساساً من المنطق يرجح الأخذ بها: ذلك أن المباشر المعنوي قد ارتكب الفعل الذي يقوم به الركن المادي للجريمة، وإن كان قد استعان في ذلك بأداة، هي إنسان غير أهل للمسئولية أو حسن النية، ومن ثم فهو في حكم أية أداة قد يستعان بها في ارتكاب الجريمة، بل إن إثمه وخطورته أشد، ذلك أنه استغل انعدام أهلية شخص آخر أو حسن نيته، فقاده إلى إتيان الماديات الإجرامية، وهو لا يدرك خطورة ما يأتيه؛ بالإضافة إلى ما قدمناه من أن نشاط المباشر المعنوي لا يوصف بأنه تحريض على الجريمة، وهو يقيناً قد أسهم فيها، بل وقام فيها بدور رئيسي، الأمر الذي يستلزم وصفه بأنه مباشر لها. ولا وجه لإبعاده عن العقوبة المقررة، إذ أن دوره الرئيسي في الجريمة ودفعه شخصاً بريئاً إلى تحقيق مادياتها، من شأنه أن يجعله المباشر الحقيقي للجريمة. ومن ثم كان جديراً بالعقوبة المقررة للجريمة.

المطلب الرابع

عقوبة المباشر والشريك بالمباشرة

٥٥٨- عقوبة المباشر:

لا يثور خلاف في أن من باشر الجريمة يعاقب بالعقوبة المقررة لها، فإذا كانت العقوبة حداً أو قصاصاً أو دية وقعت هذه العقوبة عليه، وإذا كانت تعزيراً وقعت عليه من باب أولى. ولا يتصور أن توقع على المباشر عقوبة غير ذلك، وذلك ما لم يتوافر في شخصه سبب للتخفيف أو التشديد أو الإعفاء من العقوبة، فقد انفرد بارتكاب الجريمة، وحقق العناصر المادية والمعنوية التي تفترضها، فكان من الطبيعي أن توقع عليه عقوبتها.

وهذه القاعدة لا تختلف عما تقرره القوانين الوضعية، وفي الغالب لا تنص عليها هذه القوانين، لوضوحها إلى الحد الذي يغني عن نص يصرح بها. ولكن بعض التشريعات العربية حرصت على النص عليها: وعلى سبيل المثال، فقد نصت المادة

٢٠ من قانون الجزاء الكويتي على أن «يعاقب الفاعل بالعقوبة المقررة للجريمة التي ارتكبها أو ساهم في ارتكابها». ونصت المادة ٩٩ (الفقرة الثالثة) من قانون العقوبات الليبي على أن تنطبق على كل فاعل العقوبة المقررة للجريمة المقترفة».

٥٥٩ – عقوبة الشريك بالمباشرة:

إذا ارتكب الجريمة شخصان أو أكثر، وكان لكل منهم دور رئيسي في ارتكابها، فكان كل منهم شريكاً مباشرًا للآخر، فما العقوبة التي توقع على كل منهم؟

وتثور المشكلة إذا كانت هذه العقوبة حداً أو قصاصاً: وبعبارة أخرى: هل تقطع يد كل شريك مباشر أسهم في ارتكاب السرقة، وإذا اشترك عشرة أشخاص في قتل شخص واحد، فهل يقتص منهم جميعاً، أي هل يقتلون جميعاً لقتلهم شخصاً واحداً؟ ذلك هو الرأي الغالب في الفقه الإسلامي، وبه قضى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فقد قتل سبعة من أهل صنعاء تمالئوا على قتل واحد، وقال في ذلك «لو تمالأ أهل صنعاء عليه لقتلتهم جميعاً». وقضى به كذلك أمير المؤمنين على بن أبي طالب رضي الله عنه، وبناء على ذلك، كانت القاعدة هي مذهــب صحابيين، وقال بها كذلك عبد الله بن الزبير، ومن ثم كان لهذه القاعدة المصدر الشرعي الذي تصدر عنه. وهذه القاعدة هي مذهب الأئمة مالك وأبي حنيفة والشافعي.(٤٤٤)

وخالف في هذه القاعدة بعض الفقهاء، واستندوا في ذلك إلى أن الإجماع لم ينعقد عليها لأن معاذ بن جبل – وهو صحابي – لم يوافق عليها، فلم ينعقد عليها بذلك إجماع. ولكن يرد على ذلك بأن مذهب الصحابي هو في ذاته مصدر للحكم الشرعي، وإن لم يؤيده إجماع، وبالإضافة إلى ذلك، فإن لها سندها من حيث المنطق: ذلك أن كل شريك مباشر قد قام بدور رئيسي في الجريمة، فتعين استحقاقه العقوبة، ولم يقل أحد بأن تعدد الجناة سبب لتخفيف العقوبة عليهم. وقد قال الإمام ابن رشد دعماً لهذه القاعدة «عمدة من قتل الجماعة بالواحد النظر إلى المصلحة، فإنه مفهوم أن القتل إنما شرع لنفي القتل، كما نبه عليه الكتاب الكريم

---

(٤٤٤) الأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة ص ٣٥٧.

في قوله تعالى «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَاْ أُولِيْ الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ»[٤٤٥]. وإذا كان ذلك كذلك فلو لم تقتل الجماعة بالواحد لتذرع الناس بذلك إلى القتل بأن يتعمدوا قتل الواحد بالجماعة. لكن للمعترض أن يقول: هذا إنما كان يلزم إذا لم يقتل من الجماعة أحد، فأما إن قتل منهم واحد، وهو الذي كان من قبله إتلاف النفس غالباً، فليس يلزم أن يبطل الحد. حتى يكون سبباً للتسليط على إذهاب النفوس». وقال الإمام الكاساني في تدعيم هذه القاعدة «وأحق ما يجعل فيه القصاص إذا قتل الجماعة الواحد لأن القتل لا يوجد عادة إلا على سبيل التعاون والاجتماع فلو لم يجب فيه القصاص لأفسد باب القصاص إذ كل من رام قتل غيره استعان بغيره يضمه إلى نفسه ليبطل القصاص عن نفسه وفيه تفويت ما شرع له القصاص وهو الحياة»[٤٤٦].

ولكن الاتفاق على القاعدة لا ينفي اختلافاً على نطاق تطبيقها، مرده إلى الاختلاف في تحديد مدلول «المباشر للجريمة»، فهذا المدلول قد يختلف ضيقاً واتساعاً، فيختلف نطاق تطبيق القاعدة: فالإمام مالك توسع في تحديد مدلول المباشرة، فاعتبر حضور الجاني أثناء مباشرة زميله الجريمة لشد أزره وكانت لديه النية في أن يباشرها بنفسه إذا أحجم زميله عن ذلك، هذا الشخص يعتبر لمجرد حضوره شريكاً مباشراً فيستحق القصاص. وأما الإمام أبو حنيفة، فقد ضيق من مدلول المباشرة، ولم يعتبر الجاني شريكاً بالمباشرة إلا إذا ثبت أنه الذي أتى الفعل القاتل.

وبناء على ذلك، فلم يعتبر الشخص الذي أمسك بالمجني عليه للحيلولة بينه وبين المقـاومة تمكـيناً لآخـر من قتله شريكـاً بالمباشرة، ومن ثم لا يوقع علـيه القصاص.

وقد تطلب فقهاء الحنفية لتوقيع القصاص على الجماعة أن يكون القتل على الاجتماع، أما إذا كان على التعاقب فلا يوقع القصاص إلا على مرتكب الفعل القاتل، وقد قال في ذلك الإمام الكاساني «إذا شق رجل بطن المجني عليه، ثم حز آخر رقبته فالقصاص على الحاز، لأنه هو القاتل لا الشاق، ذلك أنه قد يعيش بعد شق البطن بأن يخاط بطنه ولا يحتمل أن يعيش بعد حز رقبته عادة،

---

(٤٤٥) سورة البقرة الآية ١٧٩.

(٤٤٦) بدائع الصنائع جـ ٧ ص ٢٣٨؛ وانظر كذلك القرافي جـ ٤ ص ١٨٩.

هذا إذا كان الشق مما يحتمل أن يعيش بعده يوماً أو بعض يوم، أما إذا كان لا يتوهم ذلك ولم يبق معه إلا غمرات الموت والاضطراب فالقصاص على الشاق لأنه القاتل. وكذلك لو جرحه رجل جراحة مثخنة لا يعي بعدها ثم جرحه آخر جراحة أخرى، فالقصاص على الأول لأنه القاتل لإتيانه بفعل مؤثر في فوات الحياة عادة. فإن كانت الجراحتان معاً فالقصاص عليهما لأنهما قاتلان. ولو جرحه أحد جراحه واحدة والآخر عشر جراحات فالقصاص عليهما ولا عبرة بكثرة الجراحات لأن الإنسان قد يموت بجراحة واحدة ولا يموت بجراحات كثيرة»[٤٤٧].

وخلاصـــة ما تقدم أنه إذا تعدد الشركاء بالمباشرة وقعت على كل واحد منهم العقوبة التي كانت توقع عليه لو انفرد بارتكاب الجريمة، ذلك أن تعدد الشركاء يعني كما تقدم أن كل واحد منهم قد قام بدور رئيسي في ارتكاب الجريمة.

٥٦٠- الاشتراك في جرائم الحدود

٥٦١ - تمهيد:

تختلف جرائم الحدود – فيما بينها – من حيث أركانها، وعلة العقاب على كل منها. ولذلك تعين البحث في كل منها، لتحديد حكم تعدد الشركاء فيها بالمباشرة، ويتعين الرجوع إلى الأصل المقرر في الاشتراك بالمباشرة، من أن كل شريك بالمباشرة توقع عليه العقوبة التي كانت توقع عليه لو انفرد بارتكاب الجريمة.

وبعض جرائم الحدود هي من جرائم الاشتراك الضروري، وهي الجرائم التي لا يتصور أن يرتكبها شخص واحد، أي يعد تعدد الجناة ركناً فيها، وبعضها لا يتصور تعدد الجناة فيها، إذ يرتكبها شخص واحد. وبعض جرائم الحدود يتصور أن يباشرها شخص واحد، كما يتصور تعدد الشركاء بالمباشرة فيها، وفيما يلي تفصيل ذلك:

٥٦٢ - جرائم الحدود ذات الاشتراك الضروري:

من هذه الجرائم جريمة الزنا، إذ لا يتصور انفراد شخص واحد بارتكابها، وإنما يتعدد مرتكبوها: رجل وامرأة، وكل منهما يأتي الفعل الذي تتكامل به. ولا

---

[٤٤٧] بدائع الصنائع، جـــ ٧ ص ٢٣٩.

تثير هذه الجريمة صعوبة، فكل من الشريكين (الرجل والمرأة) توقع عليه عقوبة الجريمة، وقد صرح بذلك الكتاب الكريم، ويجوز تشديد عقوبة أحدهما دون ثانيهما إذا كان أحدهما محصناً والثاني غير محصن.

ومن هذه الجرائم كذلك جريمة الحرابة، إذ الفرض أن يتعدد الجناة الذين يحاربون الله ورسوله، وقد يختلف الرأي في الحد الأدنى المتطلب لتوافر هذه الجريمة. ولكن لا خلاف في عدم توافرها إذا انفرد شخص واحد بالفعل الذي تقوم به. فإذا ارتكبت الجريمة بمشاركة العدد المتطلب من الجناة، فلا موضع للجدال في أن كلا منهم توقع عليه العقوبة المقررة للجريمة، إذ العقوبة قررت لهذا الوضع.

٥٦٣ – جرائم الحدود التي لا يتصور أن يرتكبها إلا شخص واحد:

بعض جرائم الحدود تفترض أن يرتكبها شخص واحد مثل شرب الخمر.

ولا تثير هذه الجرائم مشكلة، إذ يوقع الحد على هذا الشخص. وإذا تعدد الأشخاص الذين يتعاطون الخمر في مجلس واحد تعددت الجرائم بقدر عددهم، ووقع على كل منهم الحد المقرر. وجريمة القذف يرتكبها كذلك شخص واحد، هو الذي تصدر عنه العبارات المنطوية على القذف، وإذا تعدد الأشخاص الذين صدرت عنهم هذه العبارات تعددت بقدر عددهم جرائم القذف المرتكبة، ووقع على كل منهم الحد المقرر.

٥٦٤ – جرائم الحدود التي يتصور أن يرتكبها شخص واحد أو أن يتعدد مرتكبوها:

المثال الواضح لهذه الجرائم: جريمة السرقة، فيتصور أن يرتكبها شخص واحد، وذلك هو الأصل، ولكن يتصور أن يتعدد الأشخاص الذين يباشرون جريمة سرقة واحدة، كما لو دخل عدد من الجناة مسكن المجني عليه، واستولى كل منهم على بعض ماله. وفي هذا الفرض يوقع على كل منهم الحد المقرر للسرقة، إذ الجريمة واحدة، وقد باشرها جميعهم، فيعاقب كل منهم كما لو كان قد انفرد بارتكابها.

ولكن ثار خلاف حول نصاب السرقة المشترط للحد، هل تكون العبرة بمجموع ما استولى عليه السارقون أم تكون العبرة بما استولى عليه كل منهم على انفراد: فإذا باشر السارقون جريمتهم، وكان مجموع ما استولوا عليه يبلغ

النصاب أو يجاوزه، ولكن كان ما استولى عليه أحدهم لا يبلغ هذا النصاب: هل تقطع يده باعتبار قيمة المسروقات، أم يعفى من الحد باعتبار أن ما استولى عليه لا يبلغ هذا النصاب. يرى الحنفية أنه لا يوقع على هذا السارق الحد لأن نصاب السرقة في مقابل العضو إذا أثم، فلا يجوز أن تقطع يد في أقل من نصاب. وهذا الرأي يصور الحد على أنه مقابل إثم اليد، ولكن الأدنى إلى الصواب أن الحد هو مقابل المال الذي سرق، إذ السرقة اعتداء على المال. وإذا تعدد الجناة الذين باشروا ارتكاب السرقة، فإن كلاً منهم يعاقب كما لو كان ارتكب السرقة بمفرده، فإذا كانت قيمة مجموع المال الذي سرق يبلغ النصاب وقع الحد على كل منهم. ولو كان ما استولى عليه أحدهم لا يبلغ النصاب. وبالإضافة إلى ذلك، فإن قيمة المال المسروق هي عنصر موضوعي في السرقة، فيحمل جميع المباشرين وزره، وليس عنصراً شخصياً يقتصر تأثيره على من توافر لديه.

٥٦٥- الاشتراك في جرائم التعزير:

٥٦٦ - اختصاص ولي الأمر بتحديد عقوبات الشركاء في جرائم التعزير:

إذا كان تحديد الأفعال التي تقوم بها جرائم التعزير والعقوبات التي تقرر لها من اختصاص ولي الأمر في المجتمع الإسلامي، باعتبار أن الشارع الحكيم قد استأثر بتحديد الأفعال التي تقوم بها جرائم الحدود وجرائم القصاص وبيان عقوباتها لأنها لا تختلف ما بين مجتمع إسلامي وآخر، إذ هي تمس ما هو أساسي ومشترك ما بين المجتمعات الإسلامية، فإنه – في مقابل ذلك – فوض ولي الأمر في كل مجتمع إسلامي على حدة، في تجريم والعقاب على الأفعال التي تقوم بها جرائم التعزير؛ ويترتب على ذلك، ومن باب أولى، أن يكون لولي الأمر تحديد العقوبات التي توقع على الشركاء في جريمة التعزير، وما إذا كانت توقع عليهم جميعاً ذات العقوبة، وهي العقوبة التي قررها للجريمة، أم أنها تخفف أو تشدد بالنسبة لبعض الشركاء تبعاً لأهمية دور الشريك في الجريمة. وإذا كانت سلطة ولي الأمر متسعة على هذا النحو، فهي ليست مطلقة بدون حدود، فثمة ضوابط مستمدة من حسن سياسة العقاب قد توجهه إلى القواعد التي يقررها في هذا الشأن. ويراد بولي الأمر «الإمام» في المجتمع الإسلامي، ولكنه في مجتمع إسلامي حديث تتوزع فيه السلطات، ويقوم الفصل بينها ويعهد فيه الإمام باختصاصاته المتنوعة إلى هيئات متعددة، فإن تعبير «ولي الأمر»

ينصرف إلى السلطة التشريعية في المجتمع الإسلامي التي يكون لها أن تحدد الأفعال التي تعد جرائم تعزيرية، وتحدد عقوبة كل منها، وضوابط توزيع العقاب إذا تعدد الشركاء فيها.

٥٦٧ – ضوابط توزيع العقاب إذا تعدد الشركاء في الجريمة:

إذا تعدد الشركاء بالمباشرة في الجريمة، وقعت على كل منهم العقوبة المقررة لهذه الجريمة، وهذا الحكم نتيجة لأصل أن الشريك بالمباشرة يعاقب كما لو كان قد ارتكب الجريمة بمفرده. والأصل أن تعدد الشركاء بالمباشرة ليس سبباً لتشديد عقوبة الجريمة أو تخفيفها. وعلة هذا الحكم أن كل شريك بالمباشرة كان له دور رئيسي في ارتكاب الجريمة وهم في ذلك سواء وينبني على ذلك المساواة بينهم من حيث الأصل في استحقاق عقوبة الجريمة، وهذا الأصل تقوم إلى جانبه قاعدة تخويل القاضي سلطة تقديرية في تحديد عقوبة الشريك بالمباشرة، مما يتيح له التفرقة في العقوبة بين الشركاء بالمباشرة، إذا قدر أن حسن استعمال هذه السلطة، وخاصة ما تفرضه مقتضيات المصلحة والعدالة، يقتضي ذلك.

وإذا أسهم في ارتكاب جريمة التعزير شركاء بالتسبب، فإن تحديد عقوبة المتسبب، وما إذا كانت هي ذات العقوبة المقررة للجريمة أم عقوبة أخف درجة، هو محل لاختلاف المذاهب التشريعية، فيتجه مذهب إلى جعلها العقوبة الأخف درجة، وحجته في ذلك أن دور المتسبب في الجريمة كان أقل من دور المباشر، فوجب عدالة أن تكون عقوبته أخف من عقوبة الجريمة، وهي العقوبة التي توقع على المباشر. وقد أخذت بهذا المذهب بعض التشريعات العربية الحديثة. ويتجه مذهب آخر إلى أن تكون عقوبة المتسبب هي ذات عقوبة الجريمة التي تسبب فيها. وحجته في ذلك أن دور المتسبب كان لازماً لوقوع الجريمة على النحو الذي وقعت به، وأنه لولا فعله ما وقعت الجريمة، أو اتخذت صورة مختلفة عن الصورة التي وقعت بها. وقد أخذت بهذا المذهب بعض التشريعات العربية الحديثة.

والقواعد السابقة يرد عليها التعديل، تبعاً لتوافر ظروف في الجريمة، وتحديد مدى تأثر الشركاء – بالمباشرة أو بالتسبب – بها.

٥٦٨– عقوبة الشركاء المباشرين في التشريعات الوضعية:

أقرت هذه التشريعـــات على ما قدمـــنا – مبدأ المســـاواة بين الشـــركاء المباشرين في العقوبة، وتحديد عقوبة كل شريك بالمباشرة، كما لو كان ارتكب الجريمة بمفرده. فقد نصت المادة ٤٧ من قانون العقوبات للإمارات العربية المتحدة على أن «من اشترك في جريمة بوصفه شريكاً مباشراً أو متسبباً عوقب بعقوبتها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك». ونصت المادتان ٢١٣ من قانون العقوبات اللبناني، ٢١٢ من قانون العقوبات السوري على أن «كل شريك في الجريمة عرضة للعقوبة المعينة لها في القانون»: ويلاحظ أن هذين القانونين يعنيان بلفظ «شريك» الشريك المباشر، ذلك أنهما يعبران عن الشريك بالتسبب بلفظ «المتدخل». ونصت المادة ٥٠ من قانون العقوبات العراقي (الفقرة الأولى) على أن «كل من ساهم بوصفه فاعلاً أو شريكاً في ارتكاب جريمة يعاقب بالعقوبة المقررة لها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك». ونصت المادة ٥٠ من قانون الجزاء الكويتي على أن «يعاقب الفاعل بالعقوبة المقررة للجريمة التي ارتكبها أو ساهم في ارتكابها».

٥٦٩– مدى تأثر عقوبة الشريك بالظروف التي تتوافر لدى شريكه:

قد تتوافر لدى أحد الشركاء ظروف تقتضي التأثير على عقوبته – سواء بالإعفاء منها أو تخفيفها أو تشديدها، ولا محل للشك في أن هذه الظروف يتأثر بها من توافرت لديه، ولكن الصعوبة هي في تحديد تأثيرها على شريكه الذي لم تتوافر لديه هذه الظروف. وهذه المشكلة لها أهميتها في الجرائم التي وضع لها الشارع عقوبة مقدرة، أي جرائم الحدود والقصاص، فإذا توافر لدى أحد الشريكين ظرف من شأنه عدم جواز توقيع القصاص عليه، كما لو كان أباً قتل ابنه واشترك معه في ذلك شخص أجنبي عن المجني عليه، فإذا امتنع توقيع القصاص على الأب، فهل يستفيد من ذلك شريكه في الجريمة؟ ويثور ذات التساؤل إذا ضرب الزوج زوجته أو ابنه تأديباً واشترك معه في ذلك شخص آخر، أو كان الفعل دفعاً للصائل بالنسبة لأحد الشركاء ولم يكن كذلك بالنسبة للشريك الآخر، كما لو دافع عن نفسه ضد الصائل واشترك في الفعل شخص آخر لم يكن مهدداً بالخطر، ولا عالماً به: وإنما كان فعله عدواناً خالصاً.

وتثور المشكلة كذلك إذا كان أحد الشركاء مجنوناً أو صبياً دون سن المسئولية، في حين كان الشريك الآخر أهلاً للمسئولية. وتثور كذلك إذا توافر العمد لدى أحد الشركاء في حين لم يتوافر سوى الخطأ لدى الشريك الآخر.

ويقتضي وضع الحل لهذه المشكلة التمييز بين ظرف لمعنى في الفعل وظرف لمعنى في الشخص، ومثال النوع الأول دفع الصائل، ومثال النوع الثاني صفة الأبوة في القتل. وهذا التقسيم يقابل ما يقرره الفقه الوضعي من تمييز بين الظروف الموضوعية أو العينية والظروف الشخصية.

وقد تعددت الآراء في تحديد الحكم الشرعي لهذه الظروف، والتمييز بين حالات يقتصر تأثير الظرف فيها على من توافر لديه، وحالات يمتد فيها تأثيره إلى سائر الشركاء.

٥٧٠- موقف الفقه الإسلامي من تأثير الظروف على الشركاء في الجريمة:

يشتمل الفقه الإسلامي في صدد تأثير الظروف على الشركاء في الجريمة على عدة نظريات: الأولى، تقصر تأثير الظروف على من توافر لديه من الشركاء. والثانية، تذهب إلى استبعاد تأثير الظروف على أي من الشركاء. وتميز الثالثة بين الظرف الذي يرجع إلى معنى في الشخص والظرف الذي يرجع إلى معنى في الفعل. ونتناول هذه النظريات ببعض التفصيل فيما يلي:

٥٧١ – نظرية اقتصار تأثير الظرف على من توافر لديه:

هذه النظرية هي نظرية الإمام مالك رضي الله عنه. ومقتضى هذه النظرية أن من توافر لديه الظرف يتأثر به، إذ قد ثبت لديه سببه (أي الصفة أو الواقعة المنشئة له) وثبتت لديه علته. أما من لم يتوافر لديه، فلا سند لتأثره به. وتطبيقاً لذلك، فإنه إذا كان أحد الشركاء في جريمة قتل عمدي أباً للمجني عليه، أو كان قاصراً أو مجنوناً، فلا يوقع عليه القصاص، ولكن شريكه يوقع عليه القصاص. وهذه النظرية تتفق مع «مبدأ شخصية المسئولية»، ومساءلة كل جان عن فعله الشخصي دون أفعال شركائه «ذلك أن القصاص عقوبة تثبت على الجاني جزاء لفعله، فمتى كان فعله عدواناً عمداً موجباً للقصاص عليه لو انفرد به، فإنه يقتص منه إذا كان معه شريك، ولا نظر إلى كون فعل الشريك ليس موضع مؤاخذة، لأن الأصل أن الإنسان يؤخذ بفعله لا بفعل غيره» .

وهذه النظرية صحيحة إذا كان الظرف لمعنى في الفاعل، أي كان ظرفاً شخصياً. أما إذا كان الظرف لمعنى في الفعل، كما لو توافر سبب إباحة، امتد تأثيره بالضرورة إلى الفعل وغير من وصفه، وأزال عنه صفة العدوان، ومن ثم كان المنطق أن يتأثر به جميع الشركاء، إذ هم يسألون عن ذات الفعل بما ثبت له من وصف.

٥٧٢ – نظرية استبعاد تأثير الظرف بالنسبة لجميع الشركاء:

قال بهذه النظرية الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه. وتقرر هذه النظرية أنه إذا كان القصاص غير واجب على أحد الشركاء، فمعنى ذلك أن الفعل في ذاته لا يجب فيه القصاص، أي أن الجريمة لا قصاص فيها، ولما كان الشركاء يسألون عن جريمة واحدة، إذ الجريمة وقعت بأفعالهم جميعاً، فإنهم يتأثرون به. ويمتنع القصاص بالنسبة لهم جميعاً. وقد شرح هذه النظرية الإمام الكاساني بقوله «لو اشترك اثنان في قتل رجل، أحدهما ممن يجب عليه القصاص لو انفرد به، كالصبي مع البالغ، والمجنون مع العاقل، والمخطئ مع العامد، والأب مع الأجنبي، فلا قصاص عليهما، لأنه تمكنت شبهة عدم القتل في فعل كل واحد منهما، لأنه يحتمل أن يكون فعل من يجب عليه القصاص لو انفرد مستقلاً عن القتل فيكون فعل الآخر فضلاً، ويحتمل القتل. وهذه الشبهة ثابتة من الشريكين الأجنبيين، إلا أن الشرع أسقط اعتبارها، وألحقها بالعدم فتحاً لباب القصاص وسداً لباب العدوان، لأن الاجتماع يكون ثمة أغلب، وها هنا أندر، فلم يكن في معنى مورد الشرع به، وعليهما الدية لوجود القتل».

وأساس هذه النظرية درء القصاص بالشبهة، لأنه يحتمل أن يكون من لا يجب عليه القصاص هو مرتكب الفعل الذي أفضى إلى القتل، ومؤدى ذلك أنه يحتمل أن يكون كل شريك على حدة لم يرتكب الفعل الذي أفضى إلى القتل. وبناء على ذلك، تتوافر لكل منهم شبهة تدرأ القصاص عنه.

ويؤخذ على هذه النظرية أن جريمة الشركاء واحدة، فإذا كانت الجريمة قتلاً فالفرض أن كل واحد منهم قد أسهم في حصول القتل. وبناء على ذلك، فإنه لا يجوز النظر إلى كل فعل على استقلال، لأننا لسنا بصدد جريمتين متميزتين، وإنما نحن بصدد جريمة واحدة، يتضامن مرتكبوها في المسئولية عن أفعالها ونتيجتها.

٥٧٣ – نظرية التمييز بين الظرف الذي يرجع إلى معنى في الشخص والظرف الذي يرجع إلى معنى في الفعل:

تميز هذه النظرية بين نوعين من الظروف: ظروف ترجع إلى معنى في الفعل، فيمتد تأثيرها إلى جميع الشركاء. وهذه النظرية قال بها الإمام أحمد بن حنبل رضي الله عنه.

وقد أوضح هذه النظرية الإمام ابن قدامة، فقال: «كل شريكين امتنع القصاص في حق أحدهما لمعنى فيه من غير قصور في السبب، فهو في وجوب القصاص على شريكه، كالأب وشريكه، فإن القصاص لا يجب على الأب ولكن يجب على شريكه، لأن امتناع القصاص عن الأب كان لمعنى الأبوة، وهذا المعنى لا يتعدى إلى الفعل ولا إلى الشريك فيجب على الأخير القصاص. أما إذا كان امتناع القصاص لمعنى في الفعل، فإن القصاص يسقط عن الشريكين أو الشركاء: فإذا اشترك مخطئ أو قاصر مع متعمد بالغ عاقل في قتل شخص، فلا قصاص فيه.

وقد تكون هذه النظرية هي الأدنى إلى الصواب، إذ تعتمد على تقسيم منطقي للظروف، يرجع إلى طبيعة الظرف: فالظرف الذي يرجع إلى معنى في الشخص هو ظرف شخصي، إذ قوامه صفة شخصية للشريك، ومن ثم لا يمتد تأثيره إلى الفعل الإجرامي في ذاته، فلا وجه لأن يمتد تأثيره إلى الشريك الذي لم يتوافر لديه. أما الظرف الذي يرجع إلى معنى في الفعل، فيمتد تأثيره إلى جميع الشركاء، لأنهم جميعاً يسألون عن ذات الفعل. ويعني ذلك أن هذه النظرية تعتمد على التمييز بين الظروف الشخصية والظروف الموضوعية أو المادية.

وتوضيحاً لذلك، نلاحظ أنه إذا كان امتناع القصاص لمعنى في أحد الشركاء، فإن ذلك لا ينفي أن الفعل موجب للقصاص في ذاته، فإذا امتنع القصاص لمعنى في الشريك، فإن من لم يتوافر لديه هذا المانع يجب عليه القصاص لاقتضاء الفعل له: فإذا كان امتناع القصاص لمعنى في الفعل، وكان فعلا الشريكين قد أحدثا القتل معاً، فإن مؤدى ذلك أن شطراً من هذا الفعل لم يحدث القتل، فيكون الفعل في مجموعة لم يحدث القتل، فيمتنع القصاص بالنسبة لجميع الشركاء.

ومع ذلك يلاحظ أن الأمثلة التي تذكر للظروف التي ترجع إلى معنى في الفعل، مثل صغر السن أو الجنون هي ذات طابع شخصي، إذ صغر السن أو حالة الجنون هما صفتان شخصيتان لمن اتصف بهما، ومن ثم يغلب عليهما الرجوع إلى معنى في الشخص. وبناء على ذلك، فإن التفرقة، وإن كانت

صحيحة إلا أنه قد يثور الخلاف حوله تحديد انتماء بعض الظروف لأحد النوعين، وهو اختلاف في التطبيق لا يمس صحة النظرية.

٥٧٤ – مقارنة بالتشريع الوضعي:

تكاد تجمع التشريعات العربية على التمييز بين الظروف المادية، والظروف الشخصية، وتقرير امتداد تأثير الأولى إلى جميع الشركاء، واقتصار تأثير الثانية على من توافرت لديه. وهي تقترب في ذلك من نظرية الإمام أحمد، مع اختلاف يتعلق بتصنيف الظروف بين النوعين.

ويراد بالظروف المادية الظروف التي تتعلق بالجانب المادي للجريمة وتفترض ازدياد خطورته أو تضاؤلها، وقوام هذا الجانب هو الفعل والنتيجة وعلاقة السببية بينهما، ويعني ذلك أن الظرف المادي قد يتصل بالفعل ويفترض تغيراً في مقدار خطورته، وقد يتصل بالنتيجة ويفترض تعديلاً في مقدار جسامتها.(٤٤٨) وهذه الظروف – تقابل في الاصطلاح الشرعي – ما يرجع إلى معنى في الفعل. أما الظروف الشخصية، فتتصل بالجانب المعنوي للجريمة، وأهم أنواعها صفات في الفاعل تعني تأثيراً في مقدار خطورة الشخصية الإجرامية. وهذه الظروف تقابل – في المصطلح الشرعي – ما يرجع لمعنى في الفاعل.

وقد نص قانون العقوبات المصري في المادة ٣٩ الفقرة الأخيرة على أنه «إذا وجدت أحوال خاصة بأحد الفاعلين تقتضي تغيير وصف الجريمة أو العقوبة بالنسبة له فلا يتعدى أثرها إلى غيره منهم وكذلك الحال إذا تغير الوصف باعتبار قصد مرتكب الجريمة أو كيفية علمه بها». وقد اقتصر هذا النص على بيان حكم الظروف الشخصية، وهو ما يتضح من تعبيره «أحوال خاصة بأحد الفاعلين». وقد اقتصر على بيان تأثير حكم الظروف الشخصية التي تتوافر لدى أحد الفاعلين من حيث تأثيرها على فاعل آخر للجريمة، وقرر أن يقتصر تأثير هذه الظروف على من توافرت لديه. ويعني ذلك أنه لم يشر إلى الظروف المادية، وقد استنتج الفقه المصري من ذلك أنه أراد أن يقرر لهذه الظروف – بمفهوم المخالفة – نقيض الحكم الذي قرره للظروف الشخصية، أي أن يقرر امتداد تأثيرها إلى جميع الفاعلين؛ وذلك بالإضافة إلى أن هذه الظروف

---

(٤٤٨) انظر مؤلفنا في المساهمة الجنائية في التشريعات العربية، سنة ١٩٩٢، رقم ١٣٢ ص ١٩٥.

تتعلق بذات الجريمة التي يتضامن الفاعلون جميعاً في المسئولية عنها. وقد قسم النص الظروف الشخصية إلى أقسام أربعة: ظروف تغير من وصف الجريمة وظروف تغير من العقوبة، وظروف تغير من وصف الجريمة بالنظر إلى قصد الفاعل، وظروف تغير من وصف الجريمة بالنظر إلى كيفية علم الفاعل بها، وقرر لها ذات الحكم.

ونصت المادة ٩٩ من قانون العقوبات الليبي (في فقرتها الثالثة) على أنه «إذا وجدت أحوال خاصة بأحد الفاعلين تقتضي تغيير وصف الجريمة أو العقوبة بالنسبة له فلا يتعدى أثرها إلى غيره منهم إذا كان غير عالم بتلك الأحوال، وكذلك إذا تغير الوصف باعتبار قصد مرتكب الجريمة أو كيفية علمه بها».

ونصت المادتان ٢١٦ من قانون العقوبات اللبناني ، ٢١٥ من قانون العقوبات السوري على أن «مفاعيل الأسباب المادية التي من شأنها تشديد العقوبة أو تخفيفها أو الإعفاء منها تسرى على كل الشركاء في الجريمة (أي الشركاء المباشرين) والمتدخلين فيها (أي الشركاء بالتسبب)، وتسرى عليهم أيضاً مفاعيل الظروف المشددة الشخصية أو المزدوجة التي سهلت اقتراف الجريمة. وأما ما سوى ذلك من الظروف فلا ينال مفعولها إلا الشخص الذي تتعلق به».

ونصت المادة ٤٩ من قانون العقوبات للإمارات العربية المتحدة على أنه «إذا توافرت في الجريمة ظروف مادية لاصقة بها أو مكونة لفعل من أفعالها من شأنها تشديد العقوبة أو تخفيفها سرت آثارها على كل من اشترك في ارتكابها بالمباشرة أو التسبب علم بها أو لم يعلم. فإذا توافرت ظروف مشددة شخصية سهلت ارتكاب الجريمة فلا تسرى على غير صاحبها إلا إذا كان عالماً بها. أما ما عدا ذلك من الظروف فلا يتعدى أثرها شخص من تعلقت به سواء أكانت مشددة أو مخففة».

٥٧٥ – تشديد العقاب عند تعدد الشركاء بالمباشرة:

لم يقرر الفقه الإسلامي قاعدة عامة تقضي بتشديد عقوبة الجريمة إذا تعدد فيها الشركاء بالمباشرة. بل إن القاعدة التي قررها الفقه من أنه إذا تعدد الشركاء بالمباشرة يعاقب كل منهم بالعقوبة التي كانت توقع عليه لو انفرد بارتكاب الجريمة، تعني رفض اعتبار تعدد الشركاء بالمباشرة ظرفاً مشدداً لعقوبة الجريمة التي ارتكبوها.

ومع ذلك، فقد كشفت الدراسات الحديثة عن أن تعدد المباشرين يتعين أن يكون ظرفاً مشدداً لعقوبة الجريمة، واستندت هذه الدراسات إلى أن تعدد الشركاء يزيد من إمكانات الجناة على ارتكاب الجريمة، بل والزيادة من جسامتها، ويدخل الرعب في نفس المجني عليه، ويجعله يجبن عن الدفاع عن نفسه، ويتيح ارتكاب أخطر الجرائم؛ بالإضافة إلى أن تعدد الجناة يكون – في الغالب – بين أشخاص عريقين في الإجرام. وقد أقر هذا الرأي بعض التشريعات العربية، وإن لم تجعل منه قاعدة عامة، وإنما قررته في بعض الجرائم التي يغلب أن يكون تعدد الشركاء المباشرين فيها مؤدياً إلى الزيادة من خطورتها: فالقانون المصري قرر ذلك في جريمتي السرقة وإتلاف المزروعات، وقرره القانون العراقي في جريمتي السرقة وانتهاك حرمة ملك الغير، وقرره القانون اللبناني والقانون السوري والقانون الأردني في جريمتي السرقة وجرائم الاعتداء على العرض.

ولا نرى في تشديد عقوبة الجريمة عند تعدد الشركاء المباشرين فيها، وسواء كأصل عام أو بالنسبة لبعض الجرائم، ما يخالف أصلاً شرعياً؛ بل نرى أن هذا التشديد يمثل وسيلة فعالة للردع العام عن نوع من الجرائم الخطيرة التي ترجع خطورتها إلى تعدد الإمكانات البشرية المتجهة إلى ارتكابها، وما يفترضه ذلك من تنظيم لهذه الإمكانات ووجود قيادة لها، ووضع تنظيم داخلي لإدارة نشاطها، وهو ما تقوم به «الجرائم المنظمة»، وهي ظاهرة تهدد بنوع خطير من الإجرام.

المطلب الخامس
الاشتراك بالتسبب
(المساهمة التبعية)

٥٧٦ – مدلول الاشتراك بالتسبب:

يفترض الاشتراك بالتسبب وجود جان أو أكثر باشر تنفيذ الجريمة، فلا يتصور اشتراك بالتسبب دون مباشرة للجريمة.

وبناء على ذلك، فقد جعل الفقهاء ضابط الاشتراك بالتسبب توسط إرادة مستقلة ومعتبرة شرعاً بين نشاط الشريك بالتسبب وارتكاب الجريمة، وهذه الإرادة الوسيطة هي إرادة مباشر الجريمة. ومن ثم كان معيار التمييز بين المباشرة والتسبب أن

العلاقة بين نشاط المباشر والجريمة هي علاقة مباشرة، في حين أن العلاقة بين نشاط المتسبب والجريمة إرادة غير مباشرة، لتوسط إرادة المباشر بينهما.

وتوضيحاً لهذا المعيار، فإن مثال المتسبب هو المحرض على الجريمة (أو في التعبير الشرعي مرتكب الجريمة بالتوكيل) ذلك أنه تتوسط بين تحريضه وارتكاب الجريمة إرادة مباشر الجريمة. والمثل يقال في شأن المتواطئ مع مباشر الجريمة، وفي شأن معين مباشر الجريمة، أي من يقدم إليه مساعدة على ارتكاب الجريمة.

٥٧٧ – خصائص الاشتراك بالتسبب:

بالإضافة إلى الخصيصة السابقة، وهي توسط إرادة المباشر بين المتسبب والجريمة، فإن ثمة خصائص أخرى للاشتراك بالتسبب، نبسطها فيما يلي:

فالشريك بالتسبب يقوم في ارتكاب الجريمة بدور ثانوي إذا ما قورن بدور المباشر في ارتكاب الجريمة، إذ هو دور رئيسي. ويعني ذلك وجود فارق آخر بين نوعي الاشتراك مستمد من درجة أهمية كل منهما في ارتكاب الجريمة.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن فعل المتسبب يغلب ألا يكون في ذاته (أي إذا نظر إليه استقلالاً عن نشاط المباشر) معصية، فقد يكون هذا النشاط رسم خريطة لمسكن المجني عليه المراد ارتكاب السرقة فيه كي يستعين بها المباشر في التعرف على المكان الذي يخفي فيه المجني عليه أمواله، وقد يكون تسليم مباشر الجريمة أداة مما يجوز لأي شخص حيازتها كعصا أو فأس، فيستعين بها المباشر على ارتكاب الجريمة. ونشاط المتسبب وهو مشروع في أصله (أي ليس في ذاته معصية) يتحول إلى نشاط غير مشروع إذا أقام المتسبب الصلة بينه وبين نشاط المباشر. ويطلق الفقه الوضعي على الصلة بين نشاط المتسبب ونشاط المباشر أنها «صلة استعارة»، في معنى أن نشاط المتسبب في الجريمة – وقد يكون أصله مشروعاً – يستعير صفته غير المشروعة من الصفة غير المشروعة لنشاط المباشر للجريمة.

ويفترض الاشتراك بالتسبب أن تحدد وسائله، باعتبار أن النشاط الذي يقوم به هذا الاشتراك قد يكون في أصله مشروعاً، فلا بد أن يحدد التشريع صلته بالجريمة كي تكون هذه الصلة هي مصدر استمداده صفة عدم المشروعية من نشاط المباشر،

وكي يكون المرجع في تجريم الاشتراك بالتسبب إلى التشريع، لا إلى تقدير القاضي.

ويترتب على ذلك وجوب أن يحرص القاضي على استظهار وسيلة الاشتراك بالتسبب والتحقق من دخولها في نطاق إحدى الوسائل التي حددها التشريع. وتجرى أغلب التشريعات العربية على حصر هذه الوسائل في ثلاث: التحريض والاتفاق والمساعدة: القانون المصري (المادة ٤٠) والقانون العراقي (المادة ٤٨) والقانون الكويتي (المادة ٤٨) وقانون الإمارات العربية المتحدة (المادة ٤٥) والقانون البحريني (المادة ٤٤) والقانون السوداني (المادة ٨٢). ولكن بعض التشريعات العربية اكتفت بالنص على وسيلتين فقط، هما التحريض والمساعدة: القانون الليبي (المادة ١٠٠) والقانون التونسي (الفصل ٣٣) والقانون المغربي (الفصل ١٢٩)، ونص القانون اللبناني (المادة ٢١٩) والسوري (المادة ٢١٨) والأردني (المادة ٢٧٥) على ست وسائل للاشتراك بالتسبب.

الفرع الأول

أركان الاشتراك بالتسبب

قدمنا أن الاشتراك بالتسبب غير متصور ما لم يرتكب فعل غير مشروع ينصرف إليه ذلك الاشتراك، وفي تعبير آخر يفترض التسبب وجود مباشرة للجريمة. وبناء على ذلك، كان الاشتراك بالتسبب غير متصور استقلالاً. ويقتضي ذلك التساؤل عن دور الفعل الذي تقوم به المباشرة في كيان الاشتراك بالتسبب، وما إذا كان يعد أحد أركان التسبب. لا نرى صواب هذا المذهب: فالأدنى إلى الصواب أن يكون للاشتراك بالتسبب أركانه الذاتية، إذ لا يصح أن يكون ذات الفعل ركناً في المباشرة وركناً في التسبب معاً. وإنما الأصح أن المباشرة هي مفترض للتسبب، باعتبار أنه لا يتصور دونها. ولكن ثمة صلة أخرى بين المباشرة والتسبب. فالفعل الذي يقوم به التسبب يتعين أن يكون «معصية»، أي أن يكون غير مشروع. وهذا التكييف يستمد من تكييف فعل المباشرة، فثمة تلازم بين تكييفي الفعلين: فالتسبب يكيف بعدم المشروعية، إذا كانت المباشرة غير مشروعة. ومؤدى ذلك أنه إذا كان فعل المباشرة مشروعاً فلا يتصور أن يكون فعل تسببيه غير مشروع.

والخلاصة من ذلك أن من أركان الاشتراك بالتسبب صفته غير المشروعة، وهذه الصفة مستمدة (أو مستعارة) من الصفة غير المشروعة للمباشرة. ويعني ذلك

أن الركن الأول للاشتراك بالتسبب هو تكييف الفعل الذي يقوم به بعدم المشروعية، ونرى أن يطلق على هذا التكييف تعبير «الركن الشرعي للاشتراك بالتسبب»، باعتباره موطن عدم مشروعية السلوك الذي يقوم به التسبب.

وللاشتراك بالتسبب ركن مادي كذلك قوامه الفعل الذي يقوم به. وللاشتراك بالتسبب ركن معنوي فحواه «الإرادة الآثمة»، التي تتوافر لدى المتسبب.

أولاً

الركن الشرعي للاشتراك بالتسبب

٥٧٨ – ماهية الركن الشرعي للاشتراك بالتسبب:

الركن الشرعي للاشتراك بالتسبب هو الصفة غير المشروعة للنشاط الذي يقوم به المتسبب؛ وهذه الصفة مستمدة من الصفة غير المشروعة للنشاط الذي تقوم به المباشرة للجريمة. وبناء على ذلك، كانت الصفتان متلازمتين وجوداً وعدماً. فإذا انتفت هذه الصفة عن المباشرة، فلا يتصور توافرها للتسبب، وإذا توافرت للمباشرة جاز أن تتوافر للتسبب.

وبناء على ذلك، كان منهج دراسة الركن الشرعي للاشتراك بالتسبب مقتضياً تحديد ضوابط عدم مشروعية الفعل الذي تقوم به المباشرة، وتقرير أن هذه الضوابط هي ذاتها التي تحدد الصفة غير المشروعة لنشاط المتسبب.

٥٧٩ – ضوابط عدم المشروعية:

يفترض عدم مشروعية نشاط المباشر توافر عنصرين: أن يكون معصية؛ وألا يخضع لسبب إباحة، إذ من شأن سبب الإباحة أن يزيل عن النشاط صفة عدم المشروعية، وأن يرده إلى أصله من المشروعية.

٥٨٠ – تكييف نشاط المباشر بأنه معصية:

يعني هذا التكييف أن يثبت لهذا النشاط صفة الجريمة، وعلة اشتراط ذلك أن الاشتراك بالتسبب ينصرف بطبيعته إلى جريمة.

وتقتضي صفة الجريمة أن يكون نشاط المباشر فعلاً مستوجباً لحد أو قصاص أو دية، أو أن تكون له صفة الجريمة التعزيرية. وهذا الفرض الأخير أي

صفة الجريمة التعزيرية يتطلب – على ما قدمنا – إما أن يرد نص بتجريم الفعل إذا وضع ولي الأمر، أي السلطة التشريعية، قانون عقوبات إسلامي، وتبنى بذلك «مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات»، أي مبدأ أنه «لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون»؛ أو صرح ولي الأمر للقاضي أن يقرر الصفة الإجرامية للأفعال التي يقدر إضرارها بمصلحة المجتمع وجدارتها بالتجريم والعقاب، ويفعل القاضي ذلك – كما قدمنا – إما قياساً على أفعال تقوم بها جرائم الحدود أو القصاص أو الدية، وإما رجوعاً إلى المبادئ الشرعية العامة، وما يثبت من اقتضائها تجريم بعض الأفعال لأضرارها أو خطورتها على مصالح أساسية للمجتمع الإسلامي.

وإذا انتفت عن الفعل صفة المعصية، فقد انتفى بذلك ركن من أركان الاشتراك بالتسبب: فإذا حرض شخص آخر على أن يتزوج امرأة ثانية، بل وأعانه على ذلك، بأن دفع له الصداق وأعد له مسكن الزوجية، فليس ذلك اشتراكاً بالتسبب في اصطلاح الفقه، ونقرر ذات الحكم لمن حرض آخر على طلاق زوجته، أو حرضه على الهجرة إلى إقليم آخر، أو حرضه على مباشرة مهنة معينة لا يحظرها القانون.

٥٨١– عدم خضوع فعل المباشر لسبب إباحة:

سبب الإباحة يزيل عن الفعل الذي يخضع له صفة المعصية التي اكتسبها من خضوعه لقاعدة التجريم، فيعود الفعل إلى أصله من المشروعية.

وتأثير سبب الإباحة على أركان الاشتراك بالتسبب واضح، فهو إذ يعرض لنشاط المباشر، فيجرده من الصفة غير المشروعة، يفقد الاشتراك بالتسبب المصدر الذي يستمد منه صفته غير المشروعة، ومن ثم يفقد ركنه الشرعي.

وتطبيقاً لذلك، فإنه إذا أعان شخص آخر على ممارسة حقه في دفع الصائل، فقدم له العون لقتل المعتدى أو ضربه كي ينصرف عن اعتدائه، لا يعتبر شريكاً بالتسبب في جريمة قتل أو ضرب، إذ قد غدا فعل القتل أو الضرب مشروعاً. وإذا حرض شخص آخر على تأديب زوجته أو ابنه بضربه في ظروف توافرت فيها شروط استعمال حق التأديب، لا يعتبر شريكاً بالتسبب في جريمة ضرب. ونقرر ذات الحكم إذا أعان شخص طبيباً في علاج المرضى، ولو بإجراء العمليات الجراحية لهم، بأن أعاره المكان الذي يباشر فيه مهنته أو الأدوات الجراحية التي يستعملها في مباشرة هذه المهنة.

٥٨٢- الاشتراك بالتسبب في حالات الشروع في الجريمة:

الفعل الذي يقوم به الشروع في جريمة هو فعل غير مشروع، أي أنه معصية في ذاته، ومن ثم يصلح أن يكون موضوعاً للاشتراك بالتسبب: ذلك أن كون هذا الفعل غير مشروع يعني أنه قد توافر للاشتراك بالتسبب المصدر الذي يستمد منه ركنه الشرعي.

وتطبيقاً لذلك، فإن من حرض على قتل فبدأ المباشر في تنفيذه ولكنه لم يستطع إتمامه لأسباب لا ترجع إلى إرادته، فإن المحرض يعتبر شريكاً بالتسبب في شروع في قتل.(٤٤٩)

٥٨٣ - مدى استقلال الشريك بالتسبب عن المباشر من حيث المسئولية والعقوبة:

تقتضي قاعدة استمداد فعل الشريك بالتسبب صفته الإجرامية من الصفـــة

الإجرامية لنشاط المباشر، وجود تضامن بينهما من حيث وجود الماديات الإجرامية، ومن حيث اكتسابها الصفة غير المشروعة: فلا يتصور أن يبرأ المباشر لأنه لم يحقق الماديات الإجرامية أو لأنه ثبت أن هذه الماديات مشروعة، ثم يدان الشريك بالتسبب لوقوعها، أو لأنها غير مشروعة: فثمة تضامن بينهما من حيث الماديات الإجرامية حدوثاً وتكييفاً. ولكن بين المباشر والمتسبب استقلالاً من حيث المسئولية والعقاب: فيتصور أن يدان المباشر لتوافر شروط المسئولية والعقاب في حقه، ويبرأ الشريك بالتسبب لأنه غير أهل للمسئولية لجنونه أو صغر سنه، أو لانتفاء العمد لديه أو لتوافر مانع عقاب لمصلحته.

فالقاعدة يمكن إجمالها في شقين: تضامن بين المباشر والمتسبب من حيث الجانب الموضوعي للجريمة، واستقلال بينهما من حيث جانبها الشخصي.

ثانياً

الركن المادي للاشتراك بالتسبب

٥٨٤ - عناصر الركن المادي للاشتراك بالتسبب:

---

(٤٤٩) الأستاذ عبد القادر عودة رقم ٢٦٣ ص ٣٦٦.

الركن المادي للاشتراك بالتسبب هو ما يصدر عن الشريك بالتسبب من نشاط، وما يترتب عليه من آثار. ولا يغنى عن توافر هذا الركن مجرد علم من ينسب إليه هذا الاشتراك بارتكاب المباشر نشاطه، فالعلم في ذاته لا تقوم به مسئولية، وإنما يتعين أن يصدر نشاط مادي مرتبط بالجريمة على وجه تتوافر به ماديات الاشتراك بالتسبب.

ويقوم الركن المادي للاشتراك بالتسبب على عناصر ثلاثة: النشاط الإجرامي للمتسبب، وآثاره التي تتمثل فيها النتيجة الإجرامية، وعلاقة السببية التي تربط بينهما.

(أ) النشاط الإجرامي للاشتراك بالتسبب

٥٨٥ – تمهيد:

قدمنا أن السياسة التشريعية السليمة تقتضي أن يحدد التشريع وسائل الاشتراك بالتسبب، بحيث لا يسأل شخص عن اشتراك بالتسبب في جريمة، إلا إذا اتخذ تسببيه للجريمة صورة إحدى هذه الوسائل. والوسائل التي يغلب أن يتخذها الاشتراك بالتسبب هي التحريض والممالأة (أي الاتفاق) والمعاونة.

ونحدد فيما يلي مدلول كل وسيلة من هذه الوسائل.

(١) التحـــريض

٥٨٦ – تعريف التحريض:

التحريض هو خلق فكرة الجريمة لدى شخص ثم تدعيمها كي تتحول إلى تصميم على ارتكاب هذه الجريمة. ويتضح من هذا التعريف أن نشاط المحرض ذو طبيعة نفسية، إذ يتجه إلى نفسية المباشر كي يؤثر عليها، فيدفعه إلى الجريمة. والفرق بذلك واضح بينه وبين نشاط المباشر الذي يغلب عليه الطابع المادي.

٥٨٧ – أركان التحريض:

يتطلب التحريض ركنين: ركن مادي وركن معنوي.

فالركن المادي قوامه النشاط الذي يصدر عن المحرض، والموضوع الذي ينصب عليه هذا النشاط. **والركن المعنوي** هو القصد الجنائي (العمد) المتجه إلى تنفيذ الجريمة موضوع التحريض عن طريق شخص آخر.

٥٨٨ – الركن المادي للتحريض:

يقوم هذا الركن على عنصرين: نشاط من شأنه خلق التصميم على الجريمة، وموضوع هو الجريمة التي ينصب عليها هذا النشاط.

والأصل في النشاط الذي يقوم به التحريض أن تستوي وسائله، وذلك ما لم يحدد التشريع هذه الوسائل. ويقوم التحريض بأية وسيلة يكون من شأنها خلق التصميم على ارتكاب الجريمة، والقاضي هو المنوط به تقدير ذلك.

وقد حرصت بعض التشريعات العربية على تحديد وسائل التحريض على سبيل الحصر، بحيث لا يتوافر التحريض إلا إذا كان عن طريق إحدى هذه الوسائل. وفي هذه التشريعات لا يعتبر التحريض متحققاً إلا إذا أفرغ في إحدى هذه الوسائل. وأبرز مثال لهذه التشريعات قانون العقوبات المصري الصادر سنة ١٨٨٣ الذي حصر هذه الوسائل في «الهدية والوعد والوعيد والمخادعة والدسيسة والإرشاد واستعمال ما للمحرض من الصولة على مرتكب الجريمة» (المادة ٦٨).

والوسيلة الأخيرة، أي «استعمال ما للمحرض من الصولة على مرتكب الجريمة» تعني أن للمحرض سلطة على من اتجه إليه بتحريضه، كالأب على ابنه، أو الزوج على زوجته، وقد حرص الفقهاء على الإشارة إلى هذا الوضع، واشتراط أن يكون المأمور مميزاً، كي تكون له الإرادة المعتبرة شرعاً، واشتراط ألا يصل الأمر إلى درجة الإكراه، الذي يفقد الإرادة قيمتها؛ إذ في الحالتين لا يتوافر التحريض. ففي الحالة الأولى، أي حيث يكون المأمور غير مميز، فإن التبعة تمتنع عنه، ويعتبر الآمر مباشراً معنوياً؛ وقد تقدم بيان حكمه،[٤٥٠] وفي حالة الإكراه، فإن الآمر يعتبر مباشراً مادياً أو معنوياً، وفقاً لنوع الإكراه، وما إذا كان مادياً أو معنوياً.

---

[٤٥٠] الشرح الكبير للدردير جـ ٤ ص ٢١٦ وما بعدها؛ المغني جـ ٩ ص ٣٣١؛ المهذب جـ ٢ ص ١٨٩؛ بدائع الصنائع جـ ٧ ص ١٨٠.

ويتخذ هذا النشاط – في العادة – صورة إبراز البواعث التي تدفع إلى الجريمة، وتحبيذ الآثار التي تترتب عليها؛ والغض من شأن العقبات التي تعترض طريقها، والإقلال من أهمية الاعتبارات التي تنفر منها.

وسواء أن يكون التحريض شفوياً أو كتابياً، في شكل كتاب يبعث به المحرض إلى من يتجه إليه تحريضه، بل إن التحريض قد يتخذ صورة الإيماء، إذا كانت له – بالنظر إلى الظروف التي صدر فيها – دلالة مفهومة لمن اتجه إليه ذلك الإيماء.

ويفترض التحريض بطبيعته عملاً إيجابياً، فلا يتصور بموقف سلبي: ذلك أن جوهره إقناع بفكره، وخلق لنية، وهو ما لا يتصور بمحض امتناع.

وموضوع التحريض هو جريمة أو جرائم معينة، فهذه الجريمة أو الجرائم هي ما يتجه التحريض إلى خلق التصميم على ارتكابها. والتحريض باعتباره اشتراكاً بالتسبب يتعين أن ينصرف إلى جريمة أو جرائم محددة. أما التحريض على ارتكاب عدد غير محدد من الجرائم، أي التحريض العام على الجرائم، فهو ليس وسيلة اشتراك بالتسبب، وإنما هو معصية في ذاته، لاحتمال أن يترتب عليه إخلال بأمن المجتمع الإسلامي، ومن ثم كان جديراً في ذاته بالتجريم.

وتترتب على التحريض نتيجة، هي نشوء التصميم على الجريمة، وارتكاب هذه الجريمة، وارتباطها بالتحريض بعلاقة سببية.

٥٨٩ – الركن المعنوي للتحريض:

يتطلب التحريض توافر العمد المتجه إلى تنفيذ الجريمة أو الجرائم موضوع التحريض، عن طريق شخص آخر. ويفترض العمد لدى المحرض علمه بدلالة عباراته، والتأثير المحتمل لها على نفسية من حرضه، وتوقعه أن يقدم بناء عليه على ارتكاب الجريمة موضوع التحريض؛ وبالإضافة إلى ذلك يتعين أن تتوافر لديه الإرادة المتجهة إلى خلق التصميم الإجرامي، لدى من حرضه، وإلى ارتكابه الجريمة موضوع التحريض.

ولا يتصور أن يكون التحريض غير عمدي، ذلك أنه – بطبيعته – يفترض بذل الجهد للإقناع بجريمة وخلق إرادة إجرامية متجهة إليها، وهو ما يقتضي – على ما تقدم – علم المحرض بالدلالة الإجرامية والفعل الذي يوعز بالإقدام عليه،

واتجاه إرادته إلى ذلك، وهو ما يعني اقتصار صورة الركن المعنوي للتحريض على القصد، واستبعاد أن يكون مجرد الخطأ كافياً لذلك.

ومن حالات انتفاء العمد (القصد الجنائي) أن يتظاهر شخص، يغلب أن يكون مأمور ضبط قضائي، بتشجيع آخر على ارتكاب جريمة، ليختبر مدى حرصه على الالتزام بالقانون، حتى إذا ما بدأ في ارتكابها كشف له عن شخصيته، وحرر محضر ضبط الواقعة؛ ذلك أن هذا الشخص لا تتوافر لديه إرادة ارتكاب ذلك الشخص الجريمة، وإنما على النقيض من ذلك، فهو عازم على الحيلولة دون تمامها بتحقق نتيجتها. وتطبيقاً لذلك، فإن رجل الشرطة الذي يعلم بعزم شخص على ارتكاب جريمة، فيريد القبض عليه متلبساً بها، فيشجعه عليها حتى إذا ما ارتكب الفعل المكون لها كشف عن شخصيته، وحال بينه وبين تحقيق النتيجة الإجرامية، هذا الرجل لا يتوافر لديه قصد الاشتراك بالتسبب في الجريمة، لأن إرادته لم تتجه إلى نتيجتها، إذ الفرض أنه عازم على الحيلولة دون حدوثها. ومع ذلك، فإن هذا الإجراء لضبط الجاني متلبساً بالجريمة، يبدو غير أخلاقي، فالتشجيع على المعصية هو في ذاته معصية، ولا عبرة بأن الباعث على ذلك باعث مشروع؛ وقد كان الأولى برجل الشرطة إذا علم بعزم شخص على ارتكاب جريمة أن يثنيه عن عزمه، وله أن يتخذ في هذا السبيل التدبير الذي يجيزه الشارع. ولما كانت الشريعة ترسي أحكامها على قواعد من الأخلاق، فإن الدليل المستخلص من هذا الإجراء يشوبه الفساد، فلا يجوز الاعتماد عليه في الإدانة، وإنما يتعين للإدانة تحري أدلة أخرى لا يشوبها الفساد، وإذا كان ذلك «المحرض الصوري»، لا يعتبر شريكاً بالتسبب في الجريمة، فإنه قد ارتكب معصية، ذلك أن التشجيع على المعصية هو في ذاته معصية ولا يزيل عنها هذا الوصف «الحرص على حسن أداء الوظيفة العامة».

والأصل أن التحريض لا يعاقب عليه، باعتباره اشتراكاً بالتسبب في جريمة إلا إذا ارتكبت الجريمة موضوع هذا التحريض، وثبت توافر علاقة السببية بينها وبين التحريض. ولكن لما كان التحريض في ذاته معصية، إذ قد كشف عن خطورة المحرض على مصالح المجتمع، وعبر عن إرادة آثمة، فإنه يكون جديراً في ذاته بالتجريم كجريمة مستقلة. ولذلك نرى، استلهاماً من الأسس الأخلاقية للشريعة الإسلامية وجوب العقاب على التحريض كجريمة تعزيرية، إذا لم يفض إلى ارتكاب الجريمة موضوعه.

(٢) التمالــؤ

٥٩٠ – تعريف:

التمالؤ هو «الاتفاق» في لغة الفقه الوضعي. ويعني انعقاد إرادتين أو أكثر على ارتكاب الجريمة. ويفترض التمالؤ عرضاً من أحد الطرفين صادفه قبول من الطرف الآخر، وبالعرض والقبول تتلاقى الإرادتان على موضوع معين، هو الجريمة.

والتمالؤ في جوهره حالة نفسية، إذ قوامه إرادتان أو أكثر، ولكن له مظهراً مادياً مستمداً من وسائل التعبير عن الإرادة، وهذه الوسائل متنوعة، فقد تكون – على ما تقدم – قولاً أو كتابة أو إيماء.

٥٩١ – الفرق بين التمالؤ والتوافق:

يختلف التمالؤ عن التوافق من حيث الماهية: ذلك أن التوافق هو مجرد اتجاه الإرادات نحو موضوع واحد دون أن تتلاقى، فهي إرادات تسير مستقلة في ذات الاتجاه، وكل منها صادره عن بواعث خاصة بها. وقد عرفته محكمة النقض المصرية بأنه «قيام فكرة الإجرام بعينها عند كل من المتهمين، أي توارد خواطرهم على الإجرام واتجاه خاطر كل منهم اتجاهاً ذاتياً إلى ما تتجه إليه خواطر سائر أهل فريقه من تعمد إيقاع الأذى بالمجني عليه».[٤٥١]

ويختلف التمالؤ عن التوافق من حيث الدور: فالتمالؤ وسيلة اشتراك بالتسبب، فيصير المتمالئ مسئولاً عن الجريمة التي ارتكبها من تمالأ معه. أما التوافق فليس له هذا الدور، فمن توافق على جريمة، أي اتجهت إرادته إلى ارتكابها، ثم ارتكبها شخص آخر، دون أن تكون بينهما صلة، ودون أن تنعقد إرادتهما على ارتكابها لا يسأل عنها. وتطبيقاً لذلك، فإنه إذا خطرت لشخص فكرة قتل غريمه، وخطرت لآخر فكرة قتل ذات الشخص، دون أن يكشف أحدهما للآخر عما انعقد عليه تصميمه، ثم نفذ أحدهما عزمه، فالثاني لا يعد شريكاً له في جريمته، بل إنهما إذا نفذا الجريمة في ذات الوقت، فكل منهما فاعل لجريمة مستقلة. وقد يقرر القانون –

---

(٤٥١) نقض ١٢ فبراير سنة ١٩٢٩ مجموعة القواعد القانونية جـ ١ رقم ١٧٥ ص ١٨٣؛ ونقض ٤ أبريل سنة ١٩٢٩ جـ ١ رقم ٢٢٠ ص ٢٥٨؛ ونقض ١٨ أبريل سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام محكمة النقض س ١٨ رقم ١٠٦ ص ٥٤٤.

على سبيل الاستثناء – وفي جرائم محددة، أهمية خاصة للتوافق، كأن يعتبره سبباً لاتساع نطاق المسئولية، بحيث تمتد إلى جميع المتوافقين، على الرغم من أنه قد يكون من بينهم من لم يقترف الفعل الذي تقوم به الجريمة، ولم يشترك فيها بإحدى وسائل الاشتراك التي يحددها التشريع. وهذا ما قرره قانون العقوبات المصري في جنح الجرح أو الضرب (المادة ٢٤٣).

ووفقاً للقواعد العامة، فإن المتمالئ لا يسأل باعتباره شريكاً بالتسبب في جريمة إلا إذا ارتكبت هذه الجريمة، وثبت توافر علاقة السببية بينها وبين التمالؤ.

ولكن التمالؤ في ذاته معصية، باعتباره طريقاً إلى معصية، والأصل أن الطريق إلى المعصية هو كذلك معصية، بالإضافة إلى أنه يكشف عن خطورة كل من المتمالئين، ويعبر عن الإرادة الآثمة لكل منهم، ولذلك ساغ أن يجرم في ذاته، وأن تقرر له عقوبة، أو أن تواجه خطورة المتمالئين بالتدبير الملائم لذلك. وكان التشريع المصري قد نص على ذلك في المادة ٤٨ من قانون العقوبات، ولكن المحكمة الدستورية العليا قضت بعدم دستورية هذا النص. ومن الملائم إذا اعتبر التمالؤ في ذاته جريمة أن تشترط فيه الشروط التي تكشف عن خطورته، إلى القدر الذي يثبت جدارته بالتجريم، كأن يشترط تنظيمه ولو في مبدأ تكوينه، واستمراره ولو برهة محدودة من الزمن؛ وهو ما ذهبت محكمة النقض إلى تقريره في بعض أحكامهـــا.

(٣) الإعـــــانة

٥٩٢ – تعريف:

الإعانة هي «المساعدة» في اصطلاح الفقه الوضعي.

وتعني الإعانة «تقديم الدعم المادي أو المعنوي إلى المباشر، فيرتكب الجريمة بناء على ذلك».[٤٥٢]

---

(٤٥٢) عرف قانون العقوبات المصري المساعدة تعريفاً مفصلاً في الفقرة الثالثة من المادة ٤٠ بقول إن المساعدة تتحقق بفعل «من أعطى الفاعل أو الفاعلين سلاحاً أو آلات أو أي شيء آخر مما استعمل في ارتكاب الجريمة مع علمه بها أو ساعدهم بأية طريقة أخرى في الأعمال المجهزة أو المسهلة أو المتممة للجريمة». وهذا التعريف يمكن الاستهداء به في تحديد مدلول الإعانة في الفقه الإسلامي.

ويتضح من هذا التعريف أن المعين «يقدم إلى المباشر الوسائل والإمكانات التي تهيئ له ارتكاب الجريمة، أو تسهل له ذلك؛ أو هو يزيل عقبات كانت تعترض طريقه أو على الأقل يضعف منها».

٥٩٣ – صور الإعانة:

صور الإعانة عديدة، وهي تختلف باختلاف ظروف كل جريمة، والنحو الذي يقرر مباشرها أن المساعدة تكون به مجدية، ومع ذلك فثمة صور يغلب أن تتحقق في العمل. ونشير فيما يلي إلى أهمها:

إن أبسط صور «الإعانة» تتحقق بإعطاء تعليمات أو إرشادات إلى المباشر توضح له كيفية ارتكاب الجريمة، أو كيفية التخلص من المخاطر التي تصحب مباشرتها. وأمثلة الإعانة في هذه الصورة: إرشاد القاتل إلى كيفية صناعة المادة السامة أو إلى مكان شراء السلاح؛ أو إرشاد السارق إلى كيفية تسور مسكن المجني عليه أو تحطيم بابه أو كيفية استعمال المفتاح المقلد، أو إرشاده إلى المكان الذي يخفي فيه المجني عليه الأشياء التي يراد سرقتها.

ومن أبرز صور الإعانة تقديم أسلحة أو آلات أو أي شئ آخر قد يستعمل في ارتكاب الجريمة، ولهذه الصورة مظهر مادي واضح، إذ تفترض شيئاً ذا كيان مادي يرد عليه التسليم من المعين إلى المباشر، وأهم هذه الأشياء هي الأسلحة أياً كان نوعها، فسواء أن تكون أسلحة بطبيعتها كالبنادق والسيوف أو أن تكون أدوات يمكن أن تستعمل عرضاً في الاعتداء كالفئوس والمطارق. وتتحقق الإعانة كذلك بتقديم أي شئ يمكن أن يعين على تنفيذ الجريمة، كتقديم مادة سامة لارتكاب قتل أو مادة مخدرة لارتكاب سرقة أو اعتداء على العرض، أو مادة حارقة لارتكاب حريق أو إتلاف، أو مفتاح مقلد لارتكاب سرقة. ويجوز أن يكون الشيء الذي يقدمه المعين عقاراً، كإعارة غرفة كي ترتكب فيها جريمة زنى، أو إعارة قاعة كي تجرى فيها مبارزة.

وقد تكون الإعانة في الأعمال المتممة للجريمة، وهو ما يفترض أن تنفيذها قد بلغ آخر مراحله، وأن النتيجة الإجرامية توشك أن تتحقق، فيأتي المعين فعله لضمان تحققها وإزالة أية عقبة قد تعترض ذلك: ومثال هذه الإعانة أن يعوق المعين وصول الطبيب لإنقاذ المجني عليه الذي أصابه المباشر بجروح مميتة، وصارت وفاته وشيكة، ويخشى أن يتمكن الطبيب من إنقاذه، ومثال ذلك

أيضاً أن يعير المعين السارق عربة نقل كي يمكنه من إخراج المسروقات من المكان الذي يحوزه المجني عليه.

٥٩٤ – الإعانة عن طريق الامتناع:

يثور التساؤل في الفقه عما إذا كانت الإعانة متصورة عن طريق سلوك سلبي، يتمثل في امتناع شخص عن الحيلولة دون ارتكاب الفعل الذي تقوم به الجريمة أو دون تحقق نتيجته، إذا كان على عاتق الممتنع واجب شرعي بإتيان ذلك الفعل الذي أحجم عنه، وهو ما يفترض أن في وسعه أن يأتيه، فالاستطاعة في الشريعة الإسلامية شرط الوجوب، تطبيقاً لقوله تعالى «لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا»(٤٥٣). وفي بعض حالات الإعانة عن طريق الامتناع يكون الممتنع راغباً في وقوع الجريمة، وفي بعضها يستوي لديه حدوثها وعدم حدوثها.

وأبرز أمثلة للإعانة عن طريق الامتناع: أن يشاهد رجل الشرطة لصوصاً يحاولون كسر باب متجر مغلق ليسرقوا محتوياته، فيتظاهر بأنه لم يرهم، ويمضي في سبيله، وقد تكون لديه الرغبة في أن يستطيعوا إتمام السرقة لعداوة يحملها لصاحب المتجر، أو لأن بعض الجناة من ذوي قرباه أو من أصدقائه. والسؤال الذي يثيره هذا الفرض هو ما إذا كان رجل الشرطة يعتبر شريكاً للصوص في السرقة.

ومثال ذلك أيضاً موظف عام تسلم أوراقاً لاتخاذ إجراء معين في شأنها من اختصاصه، فيلاحظ أن فيها تزويراً، فيتغافل عنه، ويتخذ الإجراء المطلوب، على الرغم من أن هذا الإجراء يفترض خلو الأوراق من التزوير.

ومثال هذا الوضع كذلك أن تعمل لدى مخدوم فتاة قاصر، ويشاهد شخصاً يحاول الاعتداء على عرضها، ويكون في استطاعته منعه من ذلك، ولكنه لا يفعل شيئاً، فيقع الاعتداء على عرض الفتاة.

ونلاحظ من الأمثلة السابقة أن المشكلة لا تثور إذا لم يكن الممتنع يحمل واجباً بالحيلولة دون ارتكاب الجريمة، ولا تثور كذلك إذا لم يكن في استطاعته الحيلولة دون ارتكابها، ولا تثور في النهاية إذا كان الممتنع لا يريد ارتكاب الجريمة، وليس في موقفه السلبي ما يصم إرادته بالخطأ تجاهها.

---

(٤٥٣) سورة البقرة، الآية ٢٨٦.

والبحث في مدى جواز الإعانة عن طريق الامتناع، يرتبط بالنظرية العامة للامتناع، ومدى صلاحيته ليقوم به السلوك الإجرامي:[٤٥٤] فمن يرفضون صلاحيته لذلك يرون عدم تصور الإعانة بالامتناع، ومن يقررون صلاحيته يرون جواز الإعانة عن طريقه.

يذهب رأي في الفقه الإسلامي إلى عدم تصور الإعانة بالامتناع، ويحتج لذلك باستحالة تصور التمالؤ بين الممتنع والمباشر؛ وإلى انتفاء علاقة السببية بين الامتناع والجريمة، وإلى أن الممتنع لا يقصد حتماً وقوع الجريمة، وإنما قد يكون امتناعه وليد الخوف.[٤٥٥]

وهذه الحجج مردود عليها: فالتمالؤ ليس ركناً من أركان الاشتراك بالتسبب عن طريق الإعانة، وإنما هو وسيلة من وسائل الاشتراك بالتسبب متميزة عن الإعانة، والقول بانتفاء علاقة السببية بين الامتناع والجريمة، يرد عليه بأنه في أغلب حالات الامتناع تتوافر هذه العلاقة: وعلى سبيل المثال، فإنه لولا امتناع رجل الشرطة عن الحيلولة بين اللصوص وبين ارتكاب السرقة، كما يقضي بذلك واجبه، ما وقعت هذه الجريمة؛ ولولا امتناع المخدوم عن حماية عرض خادمته القاصر ما ارتكبت جريمة الاعتداء على عرضها. والقول بانتفاء قصد الممتنع المتجه إلى ارتكاب الجريمة يلاحظ عليه أنه في بعض الحالات يتوافر هذا القصد بوضوح، كما في مثال رجل الشرطة الذي يحجم عن الحيلولة بين اللصوص وبين سرقة المتجر، لأن له مصلحة في ارتكاب هذه الجريمة. وإذا ثبت أن امتناعه كان وليد عدم المبالاة، فقد يعني ذلك توافر القصد الاحتمالي لديه إذا توافرت عناصره، أو توافر الخطأ لديه إذا كانت الجريمة موضوع الاشتراك جريمة غير عمدية. والقول بأن الامتناع قد يكون وليد الخوف من الجناة مردود عليه بأن شرط مسئولية الممتنع عن الاشتراك في الجريمة التي امتنع عن الحيلولة دون حدوثها هو أن يكون في استطاعته ذلك، فإذا كان يخشى خطراً إذا تدخل لمنع الجناة من ارتكاب الجريمة،

---

[٤٥٤] انظر في مدى صلاحية الامتناع ليقوم به السلوك الإجرامي مؤلفنا في قانون العقوبات القسم العام سنة ١٩٨٩ ص ٢٧٦.

[٤٥٥] سورة البقرة الآية ٢٨٦.

فلا مسئولية عليه، إذ لا تكليف بما لا يستطاع لقوله تعالى «لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا»[٤٥٦].

فإذا استبعدت الحجج السابقة، فنحن نرى أن الأقرب إلى روح الشريعة الإسلامية، وما تفرضه من واجب التضامن بين الناس، استخلاصاً من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم «الله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه»، وقوله «من فرج عن مؤمن كربة فرج الله عنه كربة من كرب يوم القيامة»، أن يسأل الممتنع باعتباره شريكاً بالتسبب في الجريمة التي امتنع عن الحيلولة دون ارتكابها، بشرط أن يكون عليه واجب الحيلولة دونها، وأن يكون في استطاعته أداء هذا الواجب.

ونحن نستند في هذا الرأي إلى الحجج الآتية:

أن الإعانة لا تكون – فحسب – عن طريق إمداد المباشر بالوسائل والإمكانات التي لم تكن متوافرة لديه فهذه إحدى صورتيها وإنما تتحقق الإعانة كذلك بإزالة العقبات التي كانت تعترض تنفيذ الجريمة، بل إن هذه المساعدة السلبية قد تكون – في بعض الظروف – أجدى للمباشر من المساعدة الإيجابية. وإذا كان شخص ملتزماً طبقاً للقواعد الشرعية بالحيلولة دون وقوع جريمة معينة أو دون وقوع أية جريمة بصفة عامة – سواء بمجهوده المباشر أو بإبلاغ السلطات العامة عن عزم شخص على ارتكابها، فمفهوم ذلك بالضرورة أن قواعد الشريعة تضع بهذا الالتزام عقبة في طريق تنفيذ الجريمة؛ ولهذه العقبة وجود حقيقي، إذ الأصل أن تطبق هذه القواعد، ولذلك فإن الامتناع عن القيام بهذا الواجب يعني إزالة هذه العقبة، وجعل تنفيذ الجريمة أسهل مما يكون في الوضع العادي، وفي هذا التسهيل إعانة على معصية، فتكون الإعانة معصية بدورها. وبالإضافة إلى ذلك، فإنه بالرجوع إلى تحديد طبيعة الامتناع، واعتباره صورة للسلوك الإنساني. وكونه يضم عنصراً إيجابياً هو الإرادة المتجهة على نحو معين، فإن ذلك يعني بالضرورة أنه تعبير عن هذه الإرادة، وأنه – من الناحية المادية – وسيلة إلى بلوغ غاية في العالم الخارجي.

وغير صحيح القول بأن الامتناع محض ظاهرة سلبية إذ يصدم المنطق أن تضم ظاهرة سلبية من بين عناصرها ظاهرة إيجابية. وبالإضافة إلى ذلك، فإن الامتناع باعتباره سلوكاً إنسانياً واعياً مدركاً يكتسب سيطرة على الظروف المادية

---

[٤٥٦] سورة البقرة، الآية ٢٨٦.

المحيطة. ويوجهها إلى غايته، فيكون مؤدى ذلك أن تنسب هذه الظروف إليه، باعتبارها بعض وسائله إلى إدراك هذه الغاية، مما يترتب عليه بالضرورة اندماج هذه الظروف فيه، واكتسابه منها طابعاً مادياً.

واستناداً إلى ما تقدم، نرى أن الامتناع يصلح صورة للإعانة، ومن ثم يقوم به الاشتراك بالتسبب. وشرط ذلك أن يكون الممتنع محملاً بواجب شرعي بالقيام بالعمل الذي أحجم عنه، وأن يكون في وسعه القيام به، وأن يكون من شأنه الحيلولة دون ارتكاب الجريمة، وأن يتوافر لديه الركن المعنوي المتطلب في الاشتراك بالتسبب.[٤٥٧] ويسند هذا الرأي حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم، الذي ورد فيه «لا يقفن أحدكم موقفاً يضرب فيه رجل ظلماً، فإن اللعنة تنزل على من حضره حين لم يدافعوا عنه». (رواه الطبري). وقد قال بهذا الرأي الإمام ابن قدامة، رضي الله عنه.[٤٥٨]

وقد أخذ بهذا الرأي عديد من التشريعات العربية. فقد نصت المادة ٢٢ من قانون عقوبات البحرين على أنه «إذا ارتكبت الجريمة بطريق الامتناع ممن أوجب عليه القانون أو الاتفاق أداء ما امتنع عنه عوقب عليها كأنها وقعت بفعله». ونص قانون العقوبات العراقي في المادة ١٩ منه رقم ٤ على أن «الفعل: كل تصرف جرمه القانون سواء كان إيجابياً أم سلبياً كالترك والامتناع ما لم ينص القانون على خلاف ذلك».

٥٩٥ – هل تقوم الإعانة بأفعال لاحقة على ارتكاب الجريمة؟

قد يقترف شخص بعد ارتكاب الجريمة فعلاً يهدف به إلى تمكين المباشر من الاحتفاظ بثمراتها، أو إعدام أدلتها، أو الفرار من إجراءات ملاحقته، مثال ذلك إخفاء الأشياء المتحصلة من الجريمة، أو استعمال المحرر المزور، أو إخفاء جثة القتيل، أو إيواء المباشر إبعاداً له عن تحريات السلطات العامة.

ويثور التساؤل في شأن هذه الأفعال عما إذا كان من الجائز اعتبارها اشتراكاً بالتسبب – عن طريق الإعانة – في الجرائم السابقة عليها، نظراً لما

---

(٤٥٧) الأستاذ عبد القادر عودة جـ ١ رقم ٢٦٥ ص ٣٧٢.

(٤٥٨) المغني جـ ٩ ص ٥٨٠.

تحقق من مزايا لمباشر الجريمة، وبصفة خاصة أنها تتيح له استثمار مشروعه الإجرامي أو تفادي إجراءات ملاحقته.

نرى أن منطق التشريع لا يجيز ذلك: إذ الإعانة – وفق تعريفها – تفترض تقديم العون والتعضيد إلى المباشر لتمكينه من البدء في تنفيذ الجريمة أو الاستمرار فيه أو إنهائه، فإذا ما انتهى التنفيذ لم يعد محل للعون، فقد مضى الوقت الذي كانت للمباشر حاجة إليه.

وبناء على ذلك، فإن إخفاء الشيء المسروق ليس تسبيباً للسرقة، وإخفاء جثة القتيل ليس تسبيباً للقتل، واستعمال المحرر المزور ليس تسبيباً للتزوير.

ولكن هذه الأفعال قد تتضمن تشجيعاً على ارتكاب الجريمة، لأنها تؤمن للمباشر استثمار جريمته أو التخلص من إجراءات الملاحقة، لذلك لم يكن من الصواب – من حيث مقاصد الشريعة – أن تترك دون تجريم. والوسيلة إلى ذلك هي أن تجرم هذه الأفعال في ذاتها، وإن كان من غير الممكن تجاهل الصلة بينها وبين الجرائم السابقة التي تفترض هذه الأفعال ارتكابها. وعلى هذا النحو، تعين تجريم إخفاء الأشياء المسروقة، وإخفاء جثة القتيل، واستعمال المحرر المزور.

وتتجه بعض الآراء في الفقه الوضعي الحديث إلى اعتبار الإعانة اللاحقة على ارتكاب الجريمة اشتراكاً بالتسبب فيها إذا كانت هذه الإعانة تنفيذاً لتمالؤ سابق أو معاصر للتنفيذ. ويمكن تفسير هذه الآراء بأن الإعانة في هذه الحالة ترجع إلى تاريخ الاتفاق باعتبارها تنفيذاً له، فتعتبر في حكم الإعانة السابقة أو المعاصرة. بالإضافة إلى أن التمالؤ يعتبر في ذاته وسيلة اشتراك بالتسبب.

(ب) علاقة السببية بين نشاط الشريك بالتسبب والجريمة

٥٩٦ – أهمية علاقة السببية بين نشاط الشريك بالتسبب والجريمة:

أهمية علاقة السببية بين نشاط الشريك بالتسبب والجريمة أنها عنصر في الركن المادي للاشتراك بالتسبب: فإذا انتفت انهارت وحدة ذلك الركن، ولم يعد محل لمسئولية الشريك عنها. إذ يعني انتفاؤها أن نشاطه لم يكن له شأن في وقوع الجريمة، فهو أجنبي عنها، والمبدأ الأصولي أنه «لاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى».

٥٩٧ – معيار علاقة السببية:

تعد علاقة السببية متوافرة بين نشاط الشريك بالتسبب والجريمة إذا ثبت أنه إذا لم يرتكب ذلك النشاط، فإن الجريمة ما كانت تقع بالصورة التي وقعت بها، أي ما كان المباشر يأتي نشاطه على النحو الذي أتاه، وما كانت النتيجة تتحقق بالصورة التي تحققت بها.

ويعني ذلك أنه إذا ثبت أن الجريمة ما كانت ترتكب إطلاقاً إذا لم يأت الشريك بالتسبب نشاطه، فإن علاقة السببية تعد متوافرة بين الجريمة وذلك النشاط. وبناء على ذلك، فإنه إذا ثبت أنه بغير التحريض فإن فكرة الجريمة ما كانت تخطر لمباشرها، أو ثبت أنه لولا التمالؤ فإن المباشر ما كان يجد في نفسه جرأة الإقدام عليها، أو ثبت أنه لولا الإعانة ما كان يحصل على الوسيلة اللازمة لتنفيذها، فإن علاقة السببية تعد متوافرة بين نشاط الشريك والجريمة.

ولكن مجال علاقة السببية ليس مقتصراً على هذا الوضع: فإذا ثبت أنه بغير نشاط الشريك بالتسبب، فإن الجريمة كانت ترتكب ولكن في صورة مختلفة عن الصورة التي ارتكبت بها، فإن علاقة السببية تعد متوافرة بين ذلك النشاط والجريمة، إذ كان له دور في اتخاذها صورة واقعية محددة: فإذا تبين أنه إذا لم يصدر تحريض على الجريمة أو لم يتحقق التمالؤ عليها، فإنها كانت ترتكب ولكن في وقت متأخر عن الوقت الذي ارتكبت فيه، أو ثبت أنه إذا لم تكن إعانة على الجريمة، فإن المباشر كان يرتكبها ولكن عن طريق وسيلة أخرى، فإن علاقة السببية تعد متوافرة بين التحريض أو التمالؤ أو الإعانة وبين الجريمة.

وتنتفي علاقة السببية إذا ثبت أنه إذا لم يأت الشريك نشاطه، فإن الجريمة كانت – على الرغم من ذلك – ترتكب على ذات النحو الذي ارتكبت فيه: فإذا حرض شخص آخر على قتل فقابل التحريض بالرفض، ثم ثارت مشاجرة قتل فيها المحرض الشخص الذي كان التحريض على قتله، فإن علاقة السببية تعد غير متوافرة بين التحريض والقتل. وإذا أعطى شخص سلاحاً لمن صمم على جريمة، ولكنه نفذها غير مستعين بهذا السلاح، فإن علاقة السببية لا تعد متوافرة بين الإعانة والجريمة.

(ج) النتيجة الإجرامية لنشاط الشريك بالتسبب

٥٩٨- ماهية النتيجة الإجرامية لنشاط الشريك بالتسبب:

يترتب على إتيان الشريك بالتسبب نشاطه أن يرتكب المباشر الجريمة موضوع الاشتراك، فهذه الجريمة ترتكب بناء على وسيلة الاشتراك بالتسبب، أي بناء على التحريض أو التمالؤ أو الإعانة. وتعد هذه الجريمة بعناصرها المتعددة – من مادية ومعنوية – النتيجة الإجرامية لنشاط الشريك.

وتثير دراسة النتيجة الإجرامية لنشاط الشريك بالتسبب البحث في موضوعين **الأول:** الاشتراك في الاشتراك. **والثاني:** الشروع في الاشتراك.

٥٩٩– الاشتراك في الاشتراك:

يفترض الاشتراك في الاشتراك أن يتجه نشاط الشريك بالتسبب إلى حمل شخص على أن يأتي نشاطاً يقوم به الاشتراك بالتسبب، وفي النهاية تقع الجريمة كنتيجة لنشاط هذا الأخير، الذي يتوسط في العلاقة بين نشاط الشريك الأول ونشاط المباشر: فالجريمة نتيجة ثانية لنشاط الشريك الأول، أما نتيجته الأولى فهي نشاط الشريك الثاني.

ويثور التساؤل حول ما إذا كان العقاب يوقع على الشريك الأول. مثال أن تطلب امرأة حامل من صيدلي أن يبيعها مادة مجهضة فيرفض، ولكن زوجها يحرضه على ذلك مقابل مبلغ يزيد على ثمن هذه المادة فيعطيها (أي الزوجة) هذه المادة، فتتناولها ويقع الإجهاض: فالزوج هو الشريك الأول بالتحريض على الإجهاض، والصيدلي هو الشريك الثاني فيه بالإعانة، والمرأة هي المباشر: فالزوج هو شريك الشريك، والصيدلي هو الشريك، والمرأة هي المباشر.

وفي الإجابة على التساؤل السابق، أي ما إذا كان العقاب يوقع على شريك الشريك (وهو الزوج في المثال السابق) ذهب رأي إلى عدم توقيعها عليه، واحتج لذلك بأن العلاقة ينبغي أن تكون مباشرة بين الشريك بالتسبب والمباشر، أما إذا توسط فيها ثالث، فقد وهنت هذه العلاقة، وصارت غير مباشرة، ومن ثم لا تصلح لأن يستقيم بها كيان الاشتراك بالتسبب.

وذهب رأي ثان إلى أن منطق التشريع لا يقتضي أن تكون هذه العلاقة مباشرة، وإنما كل ما يقتضيه أن تتوافر علاقة السببية بين نشاط الشريك بالتسبب والجريمة، وهذه العلاقة قد توافرت، إذ لولا هذا النشاط (أي نشاط شريك المتسبب) ما صدر عن المتسبب نشاطه، وما ارتكبت الجريمة على النحو الذي ارتكبت به.

ويضيف هذا الرأي إلى ذلك أن جميع أركان الاشتراك بالتسبب قد توافرت في حق شريك المتسبب: فنشاطه قد اتخذ صورة إحدى وسائل الاشتراك بالتسبب، إذ هو تحريض أو تمالؤ أو إعانة، وعلاقة السببية متوافرة بينه وبين الجريمة، والقصد الجنائي متوافر لديه كذلك، والعلاقة بين نشاطه والجريمة تجعله يستمد منها الصفة غير المشروعة التي يقوم بها الركن الشرعي للاشتراك بالتسبب.

٦٠٠ – الشروع في الاشتراك بالتسبب:

يتحقق الشروع في الاشتراك بالتسبب إذا أتى الشريك بالتسبب نشاطه، ولكن لم ترتكب الجريمة بناء عليه. ولذلك صورتان: فقد لا ترتكب الجريمة على الإطلاق، وقد ترتكب بناء على أسباب ليس من بينها نشاط المتسبب.

وحكم الشروع في التسبب أنه لا عقاب عليه، وفقاً للقواعد العامة في الاشتراك بالتسبب: ذلك أنه إذا لم ترتكب الجريمة، أو لم تتوافر علاقة السببية بينها وبين نشاط الشريك، فقد انتفى أحد أركان الاشتراك، وهو وجود جريمة ينصرف إليها، أو توافر علاقة السببية بين نشاط المتسبب وهذه الجريمة.

ولكننا نعتقد أنه إذا لم يعاقب المتسبب على هذا النشاط باعتباره اشتراكاً في جريمة، فإنه يتعين العقاب عليه في ذاته باعتباره معصية، إذ قد استهدف ارتكاب جريمة، تكشف عن خطورة كامنة في مرتكبه، وبالإضافة إلى ذلك فقد صاحبته نية آثمة، وفي عدم العقاب عليه تشجيع على تكراره، ولذلك تقضي المصلحة أن يوقع عليه جزاء باعتباره جريمة تعزيرية.

٦٠١ – عدول الشريك بالتسبب عن إسهامه في الجريمة:

هذا العدول يفيد المتسبب إذا كان من شأنه نفي أحد أركان الاشتراك بالتسبب؛ أما إذا لم يكن من شأنه ذلك، فلا تأثير له على مسئوليته، باعتباره شريكاً فيها بالتسبب.

فإذا عدل الشريك بالتسبب عن غرضه الإجرامي، ولكن الفاعل لم يحفل بذلك، فمضى في تنفيذ الجريمة، فالشريك مسئول عنها على الرغم من عدوله، ذلك أن جميع أركان الاشتراك بالتسبب قد توافرت: إذ قد أتى المتسبب نشاطه الذي يقوم به اشتراكه بالتسبب، وارتكبت الجريمة نتيجة له، وتوافر الركن المعنوي لاشتراكه.

أما إذا استطاع بعدوله أن يحول دون توافر أحد أركان الاشتراك بالتسبب، فهو يستفيد من هذا العدول: كمن أمد المباشر بسلاح لينفذ به جريمة، ثم استطاع بعد عدوله أن يسترد منه هذا السلاح أو يعدمه أو يجعله غير صالح للاستعمال في تنفيذ الجريمة، بل إنه لا يعاقب إذا استطاع المباشر تنفيذ الجريمة على الرغم من ذلك، بوسائل غير التي قدمها له المتسبب: ذلك أن علاقة السببية غير متوافرة بين الجريمة وما صدر عن المباشر من نشاط.

ونرى أنه على الرغم من عدم جواز توقيع العقاب على المتسبب بعد عدوله، بوصفه متسبباً، فإن هذا النشاط يعتبر في ذاته معصية، ومن ثم كان جديراً بجزاء يوقع من أجله.[٤٥٩] وإذا كان قد أعقبه عدول، فإنه إذا توافرت لهذا العدول عناصر التوبة امتنع العقاب عليه، وفقاً للقواعد العامة في نظام التوبة.

ثالثاً

الركن المعنوي للاشتراك بالتسبب

٦٠٢ – تمهيد:

يتعين في دراسة الركن المعنوي للاشتراك بالتسبب التمييز بين الاشتراك بالتسبب في الجرائم العمدية، والاشتراك بالتسبب في الجرائم غير العمدية، ذلك أن الركن المعنوي في نوعي الجرائم يختلف في طبيعته وعناصره، وهذا الاختلاف واضح – على ما تقدم – في حالتي مباشرة الجريمة والاشتراك بالمباشرة فيها.

٦٠٣ – الركن المعنوي للتسبب في الجرائم العمدية:

يتخذ هذا الركن صورة «القصد الجنائي»، باعتباره ركن المسئولية العمدية في جميع صورها. فإذا انتفى القصد الجنائي لدى المتهم بالتسبب في جريمة عمدية، فلا يسأل عنها، وإن توافر لديه الخطأ في أجسم صوره: فالخادم الذي يدلي بمعلومات عن المكان الذي يخفي فيه مخدومه ماله، فيستعين بها شخص في سرقة ذلك المال، لا يعد شريكاً بالتسبب في هذه الجريمة، إذا لم يكن يدري شيئاً عن النوايا الإجرامية لمن استمع إلى حديثه.

---

[٤٥٩] الأستاذ عبد القادر عودة رقم ٣٦٦ ص ٣٧٢.

٦٠٤ – عناصر القصد الجنائي في الاشتراك بالتسبب:

يقوم القصد الجنائي لدى الشريك بالتسبب، وفق القواعد العامة، على عنصرين، هما العلم والإرادة:

٦٠٥ – علم المتسبب:

يتعين أن ينصرف علم المتسبب إلى الأركان التي يقوم عليها اشتراكه بالتسبب: فيعلم بماهية نشاطه؛ ويعلم باتجاهه إلى المساهمة في الجريمة: فمن أعان على جريمة ينبغي أن يعلم أن من شأن الوسيلة التي قدمها إلى المباشر أن تعينه على ارتكابها: فيعلم مثلاً أن المادة التي يعطيها للمباشر هي مادة سامة، فإذا اعتقد أنها غير ضارة، فلا يتوافر لديه القصد الجنائي. ومن قدم محرراً مزوراً إلى شخص استعان به في ارتكاب نصب ينبغي أن يعلم بتزوير هذا المحرر وأن من شأنه خداع من يطلع عليه؛ أما إذا كان يعتقد أنه محرر صحيح لا يتضمن غير ما يطابق الحقيقة، فلا يتوافر لديه القصد الجنائي.

ويتعين أن يمتد علم الشريك بالتسبب إلى الجريمة التي يسهم في ارتكابها بالتسبب، فيتوقع أن المباشر سوف يقترف هذه الجريمة بناء على وسيلة المتسبب التي قدمها له: فمن أعطى غيره سلاحاً لا ينسب إليه قصد الاشتراك بالتسبب في جريمة القتل إلا إذا توقع أن من تسلم السلاح سوف يستخدمه في الاعتداء على حياة إنسان، وأن وفاته سوف تتحقق نتيجة لهذا الفعل. ومن أعطى غيره أداة للكسر لا ينسب إليه قصد الاشتراك بالتسبب في ارتكاب السرقة، إلا إذا توقع أن متسلم هذه الأداة سوف يستعملها في الكسر ليتبعه بإخراج المال من حرزه.

فإذا انتفى هذا التوقع فلا يتوافر القصد لديه: فمن سلم شخصاً سلاحاً ليستعمله في الصيد لا يسأل كمتسبب في القتل الذي يرتكب به؛ ومن سلم شخصاً أداة متوقعاً أن يستعملها في إصلاح قطعة أثاث لا يسأل كمتسبب في السرقة التي ترتكب عن طريقها.

٦٠٦ – إرادة المتسبب:

يتعين أن تتجه إرادة المتسبب إلى الفعل الذي يقوم به اشتراكه، ويتعين أن تتجه كذلك إلى الجريمة التي اتجه إليها هذا الاشتراك: فهو يريد فعل التسبيب، ويريد جريمة المباشر بأركانها جميعاً من فعل ونتيجة.

وتطبيقاً لذلك، فإن من يعطي غيره سلاحاً فيستعمله في قتل يجب أن تكون إرادته قد اتجهت إلى التخلي عن حيازة هذا السلاح، وإدخاله في حيازة مباشر القتل، أما إذا كان المباشر قد انتزعه منه أو استولى عليه خلسة، واستعمله في ارتكاب القتل، فلا يتوافر قصد التسبيب لدى مالك هذا السلاح.

ويتعين كذلك أن تتجه إرادة المتسبب إلى الجريمة التي ترتكب بناء على نشاطه، ويعني ذلك أن إرادته ينبغي أن تتجه إلى الفعل الذي تقوم به هذه الجريمة، وإلى نتيجة هذا الفعل: فمن أعطى أدوات الكسر للسارق لا يتوافر لديه الاشتراك بالتسبب في السرقة إلا إذا ثبت أنه كان يريد أن يتمكن مباشر السرقة من ارتكابها، والاستيلاء على مال المجني عليه. ومن أعطى القاتل سلاحاً لا يتوافر لديه القصد، إلا إذا ثبت أنه كان يريد أن يتمكن القاتل من الاعتداء على حياة المجني عليه وإحداث وفاته.

وبناء على ذلك، فإن من يصنع مفاتيح مقلدة ويبيعها لأشخاص يعلم أن من المحتمل أن يستخدموها في ارتكاب سرقة لا يعد القصد الجنائي المتطلب لتسبيب السرقة متوافراً لديه، لأن إرادته لم تتجه إلى وقوعها، إذ لا يعنيه أمرها في شئ، وإنما ما اتجهت إليه إرادته هو تسليم المفاتيح نظير الثمن المتفق عليه. ولذات العلة فإنه لا يعد شريكاً بالتسبب صانع السلاح الذي يبيعه لشخص يعلم أنه قد يستعين في ارتكاب قتل.

٦٠٧ – الركن المعنوي للاشتراك بالتسبب في الجرائم غير العمدية:

يتعين قبل البحث في الركن المعنوي للاشتراك بالتسبب في الجرائم غير العمدية التساؤل عما إذا هذا الاشتراك بالتسبب في هذه الجرائم متصوراً. وفي تعبير آخر: هل يقتصر الاشتراك بالتسبب على الجرائم العمدية. أم يجوز أن يشمل الجرائم غير العمدية كذلك. والأمثلة التي تذكر كحالات للاشتراك بالتسبب في جرائم غير عمدية أن يأمر مالك سيارة قائدها بأن يسرع في السير متجاوزاً الحدود المقررة للسرعة، فيدهم أحد المارة فيقتله أو يصيبه في جسمه؛ أو أن يسلم سيارته لشخص لا يحمل ترخيص قيادة، أو يعلم أنه لا يحسن قيادة السيارة فيقودها ويقتل

شخصاً، أو أن يعطي شخص آخر سلاحاً ليستعمله في الصيد وهو يعلم أنه لا يحسن استعماله فيصيب به شخصاً. في هذه الأمثلة وما يماثلها، يثور التساؤل حول ما إذا كان من الجائز أن يسأل مالك السيارة أو السلاح كشريك بالتسبب. في جريمة قتل غير عمدية أو جريمة إصابة غير عمدية.

يذهب رأي إلى عدم تصور الاشتراك بالتسبب في الجرائم غير العمدية، ويحتج لذلك بأن القصد الجنائي ركن للاشتراك بالتسبب، وهو ركن لا يتصور توافره في الجرائم غير العمدية.

ويعيب هذا الرأي أن إعفاء الشخص الذي صدر عنه السلوك الذي أسهم به في ارتكاب جريمة غير عمدية من المسئولية عن هذه الجريمة يهدر مصالح المجتمع وحقوق الأفراد، ويشجع على الإسهام في هذه الجرائم.

ويحاول هذا الرأي أن يصلح من عيبه، فيقول إن إعفاء هذا الشخص من المسئولية عن الجريمة غير العمدية بوصفه شريكاً بالتسبب، لا يعني أن يفر من العقاب إطلاقاً، وإنما يسأل عنها باعتباره مباشراً لها، إذ قد توافرت في حقه الأركان المتطلبة لمسئوليته باعتباره مباشراً: فقد أسهم بنشاطه في وقوعها، وتوافر لديه الخطأ المتطلب للمسئولية عنها.

وهذا الرأي محل نظر: فليس صحيحاً القول بأن القصد الجنائي ركن عام في جميع حالات الاشتراك بالتسبب، خاصة إذا كنا بصدد جريمة غير عمدية، حيث لا يتصور – بالنظر إلى طبيعة الجريمة – توافر القصد الجنائي. والحجة التي استند إليها أنصار هذا الرأي أن من أركان الاشتراك بالتسبب التمالؤ بين المباشر والشريك، والتمالؤ يفترض بطبيعته علم المتمالئين بالجريمة موضوع التمالؤ وإرادة ارتكابها، وهو ما يوفر عناصر القصد الجنائي. وهذا القول سلف تفنيده، ذلك أن طبيعة الاشتراك لا تقتضي الاتفاق أو التفاهم، وإنما تقنع بالرابطة الذهنية التي تجمع بين المساهمين، ولا تفترض هذه الرابطة سوى شمول عناصر الركن المعنوي لدى كل مساهم أركان الجريمة محل الاشتراك بحيث تشترك هذه العناصر في محل واحد تتعلق به. وهذا الرأي يقوم على تناقض: إذ ينكر الاشتراك بالتسبب، ويعترف بالاشتراك بالمباشرة، على الرغم من أن الثاني يفترض إجراماً أبعد مدى، أي يفترض نشاطاً ونوايا جاوزا القدر الذي كان كافياً لقيام الاشتراك بالتسبب.

والرأي الصحيح بناء على ذلك أن الاشتراك بالتسبب متصور في الجرائم غير العمدية، ذلك أنه ليس في طبيعة هذه الجرائم ما يجعلها تأبى أن تكون محلاً للاشتراك بالتسبب، ذلك أنه إذا توافر لدى المتسبب الخطأ، وصدر عنه الفعل الذي يقوم به الاشتراك بالتسبب، فلا مبرر – من حيث المنطق الشرعي – لإنكار هذا الاشتراك. ومن غير السائغ أن نتطلب توافر القصد لديه، لأن طبيعة الجريمة تأبى ذلك، بالإضافة إلى أنه من غير المقبول أن نتطلب لدى المتسبب ما لا نتطلبه لدى المباشر.

٦٠٨ – عناصر الخطأ لدى المتسبب:

يفترض الاشتراك بالتسبب في الجريمة غير العمدية توافر الخطأ بعناصره لدى المتسبب، ويفترض بالإضافة إلى ذلك أن هذا الخطأ لم يقتصر على فعله وآثاره المباشرة، وإنما امتد فشمل الفعل الذي تقوم به الجريمة والنتيجة التي ترتبت عليه.

وتفصيلاً لذلك، فإن المتسبب يتعين أن يعلم بفعله ويريده، وأن يعلم كذلك بالفعل الذي تقوم به الجريمة ويريده، وهو الفعل الذي ارتكبه المباشر؛ وأن يكون في استطاعته توقع النتيجة الإجرامية ولكنه لا يتوقعها، أو أنه يتوقعها وتتجه إرادته إلى الحيلولة دون حدوثها معتمداً على احتياط غير كاف لدرئها: فمن يعير شخصاً سلاح صيد، وهو يعلم أنه لا يحسن استعماله، فيستعمله ويقتل به شخصاً، فهو يعلم بدلالة فعله وهو تسليم أداة خطرة إلى شخص لا يحسن استعمالها ويريده، ويعلم كذلك أن من أعاره ذلك السلاح سوف يستعمله، ويريد ذلك؛ وإذا كان لم يتوقع موت المجني عليه، فقد كان ذلك في استطاعته، وكان في استطاعته تفادي ذلك، بعدم إعارة هذه الأداة الخطرة إلى من لا يحسن استعمالها. ويلاحظ في هذا المثال أن ثمة قدراً مشتركاً بين المتسبب والمباشر، هو العلم بالفعل الذي قامت به الجريمة، وإرادته، واستطاعة توقع النتيجة وهي موت شخص.

الفرع الثاني

عقوبة الاشتراك بالتسبب

٦٠٩ – تمهيد:

يفترض الاشتراك بالتسبب قيام الشريك بدور ثانوي محدود في ارتكاب الجريمة بالقياس إلى الدور الذي يقوم به الشريك بالمباشرة، فهو لا ينفذ الجريمة ولا يسهم فيه، ولا يأتي عملاً يتصل بهذا التنفيذ على نحو مباشر. وبناء على ذلك، كانت مقتضيات المنطق واعتبارات العدالة متطلبة أن تكون عقوبته أخف من عقوبة المباشر. ولكن في مقابل هذه الاعتبارات تبرز اعتبارات أخرى، ففي بعض الظروف قد يكون المتسبب أكثر خطورة من المباشر، مما يجعل من الملائم المساواة بينه وبين المباشر في العقوبة، لاستغلاله ثقة المباشر فيه، بل قد يقتضي أن توقع على المتسبب عقوبة أشد مما يوقع على المباشر.

وللتوفيق بين نوعي الاعتبارات تقرر بعض التشريعات الوضعية تقرير عقوبة للمتسبب أخف درجة مما تقرره للمباشر. مع تقرير ظروف تشدد عقوبة المتسبب في حالات تثبت فيها خطورته بما يجاوز عقوبة المباشر. وبعض التشريعات يقرر للمتسبب عقوبة الجريمة التي تسبب فيها، فتسوى بينه وبين المباشر في العقوبة، مما يعني مساواة بينهما في استحقاق عقوبة الجريمة، ثم تعتمد على السلطة التقديرية التي تقررها للقاضي في أن يحدد لكل منهما العقوبة التي يقدر ملاءمتها، في ضوء الظروف الواقعية للدعوى. وفي نطاق هذه السلطة قد يحدد القاضي للمتسبب عقوبة مساوية للعقوبة التي يقدرها للمباشر، أو يحدد له عقوبة أخف، بل وقد يحدد له عقوبة أشد.

ويرتبط تحديد نصيب كل من المباشر والمتسبب بالمدلول الذي يحدده المشرع لكل منهما، فقد يوسع من مدلول المباشر، ويدخل في نطاقه بعض من كان الأصل فيهم أن يعدوا متسببين، فيحملهم بذلك التشديد المقرر للمباشر.

٦١٠ – خطة الفقه الإسلامي في تحديد عقوبة المتسبب في الجريمة:

يميز الفقه الإسلامي بين الجرائم ذات العقوبات المقدرة، وهي جرائم الحدود والقصاص، والجرائم غير ذات العقوبات المقدرة، وهي، على وجه التحديد، جرائم التعزيز. فيقرر للمتسبب في النوع الأول عقوبة أقل مما يقدره للمباشر، أي لا يجيز توقيع الحد أو القصاص على المتسبب. أما جرائم التعزير، فيقرر للقاضي (أو للمشرع في قانون العقوبات الإسلامي) أن يحدد عقوبة المتسبب، فيكون له أن يحدد

للمباشر والمتسبب ذات العقوبة المقررة للجريمة التي أسهما في ارتكابها أو يقرر للمتسبب عقوبة أقل، بل إنه يكون للقاضي – في نطاق السلطة التقديرية المقررة له – أن يحدد للمتسبب عقوبة أشد مما يحدده للمباشر.

٦١١ – جرائم الحدود والقصاص:

يجمع الأئمة على أن الحد أو القصاص لا يوقع إلا على المباشر، أما المتسبب فتوقع عليه عقوبة تعزيرية. وعلة هذه التفرقة أن شدة عقوبات الحدود والقصاص، تقتضي عدالة أن يقتصر توقيعها على المباشر، فتقتضي العدالة وحسن سياسة العقاب أن يقتصر توقيع هذه العقوبات على من يكون دوره في الجريمة رئيسياً، ذلك أن الردع يتحقق على أكمل وجه حين توقع العقوبة على من باشر الفعل الذي تحقق به تنفيذ الجريمة.

وتطبيقاً لذلك، فإن من أعار المكان الذي ارتكب فيه الزنا، أو أعطى القاتل السلاح الذي ارتكب به القتل، لا يوقع عليه حد الزنا في المثال الأول ولا ينزل به القصاص في المثال الثاني.

ولكن الأئمة اختلفوا بعد ذلك في تحديد نطاق المباشرة والتسبب، فاختلفوا بناء على ذلك في تحديد مجال الحد أو القصاص من ناحية ومجال التعزير من ناحية ثانية، وذلك تبعاً لاختلافهم في تحديد نطاق المباشر ونطاق المتسبب.

٦١٢ – مذهب الإمام أبي حنيفة:

يضيق الإمام أبو حنيفة من نطاق المباشرة، فيقصره على من نفذ الفعل الذي تقوم به الجريمة، وبناء على ذلك يقتصر عليه مجال الحد أو القصاص أما من عداه فهم متسببون وتوقع عليهم عقوبة تعزيرية، وإذا تعدد الأشخاص الذين باشروا الجريمة وقع عليهم جميعاً الحد أو القصاص.

وقد عبر عن هذه القاعدة الإمام الكاساني في قوله: «لو جرحه أحدهما جراحة واحدة والآخر عشر جراحات، فالقصاص عليهما، ولا عبرة بكثرة الجراحات، لأن الإنسان قد يموت بجراحه واحدة، ولا يموت بجراحات كثيرة». والفرض في هذه الحالة أن هذه الجراحات كانت جميعاً قاتلة أي «مميتة» على تعبير الإمام. وبناء على ذلك، فإنه إذا كانت الضربات متعاقبة، وكانت إحدى الضربات فقط هي المميتة بذاتها في حين كانت الضربات الأخرى غير مميتة،

فإن القصاص يوقع على صاحب الضربة المميتة. وتطبيقاً لذلك، فإنه لو شق أحد الجناة بطن المجني عليه في حين جزر الثاني رأسه نسب القتل إلى الأخير، ووقع القصاص عليه وحده لأنه يمكن أن يعيش بعد شق بطنه بخيطها. ولو جرح أحد الجناة المجني عليه جراحة مثخنة لا يمكن أن يعيش معها، ثم جرحه آخر بعد ذلك جراحة مات عقبها، فإن القاتل هو الأول، وعليه وحده يوقع القصاص، أما جراحة الثاني فهي في حكم اللغو في تنفيذ القتل، ومن ثم لا يوقع عليه قصاص. ولا يجوز أن يظن أن من لا يوقع عليه القصاص يبرأ، بل إنه توقع عليه عقوبة تعزيرية.

وهذا المذهب يضيق – على ما تقدم – من نطاق المباشرة، ويشترط لتوقيع القصاص على الجماعة من المباشرين أن يثبت أن موت المجني عليه كان نتيجة لعملهم جميعاً. فإن لم يثبت ذلك، فكان عمل أحد المباشرين كافياً لإحداث وفاة المجني عليه، فإن كان فعله هو السابق، اقتصر توقيع القصاص عليه، أما زملاؤه أصحاب الفعل التالي، فتوقع عليهم عقوبة تعزيرية.[٤٦٠]

٦١٣ – مذهب الإمام مالك:

يتوسع هذا المذهب في تحديد مدلول المباشرة فيدخل في نطاقها، بالإضافة إلى من يأتي الفعل التنفيذي للقتل، من يكون حاضراً وقت تنفيذ الجريمة، وكان مستعداً للتدخل في التنفيذ إذا اقتضت الظروف تدخله، ذلك أنه لم يباشر التنفيذ، لأنه قدر كفاية فعل زميله لذلك، بالإضافة إلى أن حضوره قد أدخل الرعب في نفس المجني عليه. وتوسع الإمام مالك أكثر من ذلك، فرأى أن من يمنع المغيثين من غوث المجني عليه يوقع عليه القصاص كذلك. وقد استند في ذلك إلى قضاء أمير المؤمنين عمر بن الخطاب في واقعة قتيل صنعاء الذي اشترك سبعة أشخاص في قتله، وكان دور بعضهم مقتصراً على مجرد منع الغوث عنه، فقضى بالقصاص منهم جميعاً، وقال عبارته المشهورة «لو تمالأ أهل صنعاء عليه لقتلتهم به جميعاً».

---

(٤٦٠) أبو زهرة، ص ٣٥٨.

ومن باب أولى، فقد اعتبر المالكية من أمسك بالمجني عليه لتعجيزه عن المقاومة، وسدد إليه زميله الطعنة القاتلة، شريكاً بالمباشرة كذلك، فيوقع عليه القصاص كما يوقع على زميله الذي صدر عنه الفعل القاتل.

٦١٤ – مذهب الإمامين الشافعي وأحمد:

يتفق مذهب كل من الإمامين الشافعي وأحمد مع مذهب الإمام أبي حنيفة في التضييق من مدلول المباشرة التي تستوجب القصاص، فيقصرانها على إتيان الفعل القاتل بذاته: فإذا صدر عن كل من الجانبين الفعل القاتل في ذات الوقت أو في أوقات متتالية بحيث كان موت المجني عليه نتيجة الفعلين معاً وقع القصاص عليهما معاً.

وعند الإمام أحمد فإن من أمسك بالمجني عليه، فحال بينه وبين المقاومة حتى قتله الجاني الآخر، فكلاهما شريك بالمباشرة، لأنه إذا لم يؤت فعل الإمساك ما تمكن الجاني الآخر من إتيان الفعل القاتل (كالطعن مثلاً). وبناء على ذلك كان القتل حادثاً بالفعلين معاً، فكلاهما شريك بالمباشرة، فيوقع عليهما القصاص.

وعند الإمام الشافعي، فإن القصاص على من ارتكب الفعل القاتل، أما من أمسك بالمجني عليه، فليس بقاتل، ومن ثم لا يوقع عليه القصاص.

٦١٥– تعدد الشركاء بالمباشرة في جرائم القتل وامتناع القصاص على أحدهم:

إذا أسهم في ارتكاب القتل شركاء بالمباشرة، وكان القصاص من أحدهم ممتنعاً، كما لو كان أصلاً للمجني عليه، أو كان دافعاً للصائل، فإن التساؤل يثور حول ما إذا كان القصاص يوقع على من لم يتوافر عنده المانع من توقيع القصاص. وفي الأمثلة السابقة، فإن التساؤل يثور على الوجه التالي: هل يوقع القصاص على من لم يكن أصلاً للمجني عليه أو على من يثبت في حقه أنه لم يكن دافعاً للصائل.

اختلف الأئمة في تحديد ما إذا كان القصاص يوقع على شريك المستحق للقصاص، وذلك على النحو التالي.

٦١٦ – مذهب الحنفية:

يذهب الحنفية إلى أن القصاص لا يوقع على أي من الجانبين: من لم يتوافر لديه المانع من القصاص، ومن توافر لديه هذا المانع. وحجة هذا الرأي أن الجريمة

واحدة لأنها ارتكبت منهما معهاً، فإذا كان القصاص لا يوقع على أحدهما، فمؤدى ذلك أن الجريمة في ذاتها لا تستوجب القصاص، فيستفيد من امتناع القصاص كل منهما. وقد فصل ذلك الإمام الكاساني في قوله «لو اشترك اثنان في قتل رجل، أحدهما ممن يجب عليه القصاص لو انفرد، كالصبي مع البالغ، والمجنون مع العاقل، والمخطئ مع العامد، والأب مع الأجنبي، لا قصاص عليهما عندنا، لأنه تمكنت شبهة عدم القتل في فعل كل واحد منهما، لأنه يحتمل أن يكون فعل من يحب عليه القصاص لو انفرد مستقلاً في القتل، فيكون فعل الآخر فصلاً، ويحتمل القتل». وأشار الإمام الكاساني إلى الفرق بين هذا الوضع والوضع الذي يتعدد فيه الشركاء بالمباشرة في القتل ولا يكون متوافراً لأي منهما سبب لعدم توقيع القصاص، إذ يوقع القصاص عليهما، فقال «وهذه الشبهة ثابتة من الشريكين الأجنبيين، إلا أن الشرع أسقط اعتبارها ، وألحقها بالعدم فتحاً لباب القصاص وسداً لباب العدوان، لأن الاجتماع يكون ثمة أغلب، وها هنا أندر، فلم يكن في معنى مورد الشرع به، وعليهما الدية لوجود القتل».

٦١٧ – نظرية الإمام مالك:

يرى الإمام مالك أنه إذا اشترك بالمباشرة في القتل شخصان، أحدهما يحب عليه القصاص والثاني لا يجب عليه، وقع القصاص على من وجب عليه ولم يوقع على من لا يجب عليه. وتطبيقاً لذلك، فإذا كان أحد مباشري القتل متعمداً، وثانيهما مخطئاً؛ أو كان أحدهما أجنبياً عن المجني عليه وثانيهما أصلاً له، أو كان أحدهما قاصراً وثانيهما بالغاً، وقع القصاص على من توافرت في حقه شروط توقيعه، ولا يوقع على من لم تتوافر في حقه هذه الشروط. وفي الفروض السابقة يوقع القصاص على المتعمد دون المخطئ، وعلى الأجنبي دون الأصل، وعلى البالغ دون القاصر.

وحجة الإمام مالك أن القصاص عقوبة تثبت على الجاني جزاء لفعله، فإذا كان فعله موجباً للقصاص وقع القصاص عليه، ولا عبرة بما إذا كان شريكه يوقع عليه القصاص أو لا يوقع عليه، لأن الأصل أن الإنسان يؤخذ بفعله، لا يفعل غيره.

٦١٨ – نظرية الإمام أحمد والإمام الشافعي:

تقوم هذه النظرية على التفرقة بين وضعين، **الوضع الأول:** يكون امتناع القصاص لمعنى في الفعل؛ **وفي الوضع الثاني:** يكون امتناع القصاص لمعنى

في الشخص: فإذا كان لمعنى في الفعل لم يوقع القصاص على أي من الشريكين، كما لو كان الفعل دفعاً لصائل؛ أما إذا كان لمعنى في الشخص أعفى من القصاص من توافر فيه هذا المعنى، ووقع على من لم يتوافر فيه: فإذا كان أحد الشريكين أصلاً للمجني عليه وكان شريكه أجنبياً عنه أعفى الأصل من القصاص ووقع على الأجنبي، وتعليل ذلك أن سقوط القصاص عن الأصل لمعنى الأبوة، لا لمعنى في الفعل، والفعل من الجانبين كان يستوجب القصاص وكان القياس أن يحكم به، ولكن منعه صفة شخصية توافرت لأحد الشريكين فيستفيد وحده من امتناع القصاص، أما الشريك الذي لم تتوافر له هذه الصفة ففعله عدوان، ولم يتوافر له مانع من القصاص، فكان متعيناً توقيعه عليه[٤٦١]. ويوضح ذلك الإمام ابن قدامة بقوله «كل شريكين امتنع القصاص في حق أحدهما لمعنى فيه من غير قصور في السبب فهو في وجوب القصاص على شريكه كالأب وشريكه، مثل أن يشترك مسلم وذمي في قتل ذمي، وحر وعبد في قتل عبد عمداً عدواناً، فإن القصاص لا يجب على المسلم والحر ويجب على الذمي والعبد لأن امتناع القصاص عن المسلم لإسلامه، وعن الحر لحريته، وهذا المعنى لا يتعدى إلى فعله ولا إلى شريكه فلم يسقط القصاص عنه. أما إذا كان امتناع القصاص لمعنى في الفعل، بأن كان الشريك الذي يجب عليه القصاص فعله يعتبر كالخطأ أو خطأ بأن كان مخطئاً أو صغيراً أو معتوهاً، فإن امتناع القصاص يكون لمعنى في ذات الفعل، لا في الشخص فقط، وفي هذه الحال يسقط القصاص عن الشريكين أو الشركاء، فإن اشترك مخطئ أو قاصر ومتعمد بالغ عاقل في قتل شخص ، فلا قصاص على أحد». وهذه النظرية يذهب إليها كذلك رأي في مذهب الإمام الشافعي.

٦١٩ – الترجيح بين النظريات السابقة:

نرى ترجيح نظرية الإمامين أحمد والشافعي، ذلك أن ضابط التفرقة الذي تقول به بين الشريكين في جريمة واحدة من حيث توقيع القصاص عليهما أو على أحدهما هو التمييز بين حالات يمتنع فيها القصاص لعلة في الفعل، أي لسبب يرجع إلى الجريمة المرتكبة، وحالات يمتنع فيها القصاص لعلة في أحد الشريكين، أي لسبب يرجع إلى صفة في الشريك. ففي الفرض

---

(٤٦١) الشيخ محمد أبو زهرة، ص ٣٦٢.

الأول لا يوقع القصاص على أي من الشريكين، وفي الفرض الثاني لا يوقع القصاص على الشريك الذي توافر لديه المانع من القصاص في حين يوقع على شريكه. مؤدى ذلك أن هذا الضابط يقوم على التمييز بين سبب للإعفاء من القصاص يعود إلى ذات الفعل، فهو «سبب موضوعي» وسبب للإعفاء من القصاص يعود إلى صفة في الشريك، فهو «سبب شخصي» وهذه التفرقة يدعمها المنطق: ذلك أن جريمة الشريكين واحدة، فإذا كان السبب موضوعياً، أي يرجع إلى ذات الجريمة، وجب أن يستفيد منه الشريكان معاً، لوحدة جريمتهما. أما إذا كان السبب شخصياً، فهو لا مساس له بالجريمة، ولا يزيل عنها معنى العدوان، فيقتصر تأثيره على الشريك الذي توافر لديه، ولا وجه لأن يستفيد منه الشريك الآخر الذي لم يتوافر لديه سبب لامتناع القصاص.

٦٢٠- الاشتراك في جرائم القصاص فيما دون النفس:

٦٢١- تمهيد:

إذا كان الاشتراك بالمباشرة في جرائم القصاص فيما دون النفس، أي في جرائم الجروح المفضية إلى قطع أحد الأطراف أو فقد إحدى الحواس، وثبت توافر مانع من القصاص لمعنى في الفعل أو لمعنى في شخص أحد الشريكين، فإن ذات التساؤل السابق في جرائم القتل العمدية يثور في هذه الجرائم كذلك، وعلى وجه التحديد، ما إذا كان القصاص يوقع على الشريكين معاً أو على أحدهما فقط.

انقسم الرأي في بيان الحكم في هذا التساؤل بين نظريتين: نظرية تذهب إلى عدم توقيع القصاص على أي من الشريكين، وهي نظرية الإمام أبي حنيفة، ونظرية ثانية ترى تطبيق ذات الحكم المقرر في جرائم القتل.

٦٢٢ – نظرية الإمام أبي حنيفة:

يذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن الاشتراك بالمباشرة في جرائم الجرح المفضية إلى فقد عضو أو حاسة لا يوقع القصاص فيها على أي من الشركاء.

وأهم ما تحتج به هذه النظرية أن شرط توقيع القصاص هو المساواة الكاملة بين الأذى الذي أصاب المجني عليه، أي فقد طرف أو حاسة، وبين الأذى الذي ينزل بالشركاء بالمباشرة في الجريمة: فإذا كان أذى الجريمة متمثلاً

في فقد المجني عليه يده أو بصره، فاقتص من كل من الشريكين بقطع يده أو إتلاف بصره، فإن مؤدى ذلك أن تقطع يدان في مقابل واحدة أو يتلف إبصار عينين في مقابل إتلاف بصر عين واحدة، ويعني ذلك انتفاء المساواة التي هي شرط القصاص، فتعين أن يمتنع توقيعه على أي من الشريكين.

ولا يرى أنصار هذه النظرية قياس هذا الفرض على حالة اشتراك جماعة من الجناة في قتل شخص واحد، إذ يقتص من كل من الشركاء، فيقتلون جميعاً، ذلك أن هذا الحكم سنده الإجماع، وقد ورد على خلاف القياس، إذ كان القياس أن يقتل شخص واحد في مقابل قتل مجني عليه واحد. وما ورد على خلاف القياس يقتصر على ما ورد فيه، إذ الأصل المقرر أنه لا يجوز القياس على حكم خالف القياس. ويلاحظون أن علة قتل الجماعة بالواحد لا تتوافر في اعتداء عدد من الأشخاص، إذ هذه العلة أن الغالب أن يستعين القاتل بغيره في ارتكاب القتل، فتعين الردع بتوقيع القصاص على كل من الشركاء، وفي مقابل ذلك فإن تعدد الجناة في جرائم الاعتداء على الأطراف والحواس يندر فيها احتمال التعدد.

وقد دعم هذه النظرية الإمام الزيلعى بقوله «إن زهوق الروح لا يتجزأ فأضيف إلى كل واحد منهما كمال (أي إلى كل واحد من الشركاء)، وقطع العضو يتجزأ، ألا ترى أنه يمكن أن يقطع البعض، ويترك البعض الآخر». وهذا القول يؤكد الحجة الأولى من أن قتل النفس لا يتجزأ، وما لا يقبل التجزئة يكون بعضه ككله، وذلك بخلاف قطع الأطراف، فإنه يتجزأ بقطع البعض وترك البعض، فتعين التساوي المطلق.

٦٢٣ – نظرية الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد:

تذهب هذه النظرية إلى قطع طرف كل شريك بالمباشرة يماثل طرف المجني عليه الذي ترتب على فعلهما المشترك قطعه: فإذا اعتدى شريكان على شخص فترتب على اعتدائهما قطع يده، قطعت يد كل منهما، ومؤدى ذلك قطع يدين مقابل يد واحدة.

والحجة التي تدعم هذه النظرية هي في مجملها نقض للحجة التي اعتمدت عليها نظرية الإمام أبي حنيفة: فإذا كانت الجماعة تقتل بالواحد، فمن باب أولى تقطع جملة أطراف بطرف واحد، وذلك لأن النفس أهم وأثمن من الطرف، فما كان جائزاً بالنسبة للأهم جاز، قياساً من باب أولى، على الأقل أهمية. وإذا كانت علة

http://www.rafatosman.com/

قتل الجماعة هي احتمال أن يعمد القاتل إلى إشراك غيره معه تفادياً للقصاص، فإن هذه العلة متحققة كذلك عند قطع طرف، إذ يحتمل أن يلجأ القاطع إلى إشراك غيره معه تفادياً للقصاص. ومؤدى ذلك أن اعتبارات الردع، والخشية من احتمال أن يفضي عدم القصاص إلى تعطيل هذا الجزاء إطلاقاً، فيعني ذلك تعطيل أحد أحكام الشريعة، وهو جزاء ورد النص عليه صراحة في القرآن الكريم.

ويحتج الأئمة الثلاثة بمذهب أمير المؤمنين الإمام على بن أبي طالب، فقد قضى في شاهدين شهدا على شخص بارتكابه سرقة، فقضى بقطع يده، ثم جاء هذان الشاهدان بشخص آخر، وقالا للإمام إنه السارق الحقيقي، وإنهما أخطآ بالشهادة على الأول، فرد شهادتهما على الثاني، وألزمهما دية الأول، وقال رضي الله عنه «لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما»، فأوجب القصاص على كل واحد منهما لو تعمد قطع يد واحدة. ومذهب الإمام على بن أبي طالب هو «مذهب لصحابي»، فيصلح مصدراً للحكم الشرعي.

٦٢٤ – الترجيح بين النظريتين:

نرى ترجيح نظرية الأئمة الثلاثة: ذلك أن الشريكين قد باشرا جريمة قطع الطرف أو إتلاف الحاسة، وقام كل منهما بدور رئيسي في ارتكابها، والأصل أنه إذا تعدد المباشرون للجريمة، عومل كل واحد منهما كما لو كان قد باشر الجريمة بمفرده، وفي هذا الفرض كان يقتص منه، فوجب ألا يعفي من القصاص لمجرد أنه أشرك معه غيره في مباشرتها، إذ لا مبرر من علة التشريع للتخفيف عنه.

ونضيف هذه الحجة في الترجيح إلى سائر الحجج التي اعتمدت عليها النظرية.

الباب الثالث
المعنويات الإجرامية
الركن المعنوي للجريمة

٦٢٥ – ماهية الركن المعنوي للجريمة:

يضم الركن المعنوي للجريمة عناصرها النفسية. ويعني ذلك أن الجريمة – في مدلولها الشرعي – ليست كياناً مادياً فحسب، قوامه السلوك الإجرامي وما ترتب عليه من آثار مادية، ولكنها كذلك كيان نفسي، تدور عناصره في نفسية الجاني. ويمثل الركن المعنوي الأصول النفسية لماديات الجريمة والسيطرة النفسية عليها: ذلك أن هذه الماديات لا تعني المجتمع إلا إذا صدرت عن إنسان يسأل عنها، ويستحق العقوبة المقررة من أجلها. واشتراط صدور هذه الماديات عن إنسان، أي اشتراط نسبتها إليه في كل أجزائها يقتضي أن تكون لها أصول في نفسيته، وأن تكون له عليها سيطرة ممتدة إلى كل أجزائها.

٦٢٦ – أهمية الركن المعنوي للجريمة:

للركن المعنوي أهمية أساسية في "النظرية العامة للجريمة": فالأصل ألا جريمة بغير ركن معنوي، وهذا الركن هو سبيل الشارع إلى تحديد المسئول عن الجريمة، إذ لا يسأل شخص عن جريمة إلا إذا قامت علاقة بين مادياتها ونفسيته.

وهذا الركن هو ضمان للعدالة، وشرط لتحقيق العقوبة أغراضها الاجتماعية، إذ لا تقبل العدالة أن توقع عقوبة على شخص لم تكن له بماديات الجريمة صلة نفسية. وبالإضافة إلى ذلك، فإن العقوبة لن تحقق للمجتمع غرضاً، إذ أن هذا الشخص في غير حاجة إلى الردع والإصلاح اللذين تسعى إليهما.

٦٢٧ – السند الشرعي للركن المعنوي للجريمة:

سند تطلب الركن المعنوي للجريمة هو قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "رفع القلم عن ثلاث، عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق". ومؤدى هذا الحديث أن الجريمة لا يحمل تبعتها، أي لا يسأل عنها، غير المميز، وقد ذكر الحديث الشريف ثلاثة أمثلة لانعدام التمييز، هي:

صغر السن، والنوم، والجنون". ومن هذا الحديث نستخلص العلة في انعدام المسئولية، وهي انتفاء التمييز. ومن ثم جاز القياس على هذه الأمثلة إذا ثبت انتفاء التمييز في حالات غيرها، كحالة السكران وخاصة إذا كان سكره غير اختياري.

ولكن التمييز وحده غير كاف لحمل تبعة الجريمة، فقد يكون الشخص مميزاً، ولكنه غير حر في سلوكه الذي قامت به الجريمة، إذ كان مكرهاً عليه، فهو يدرك أن هذا السلوك منهي عنه، وتقوم به جريمة، ولكنه لا يستطيع تفادي إتيانه. وبناء على ذلك، كانت "حرية الاختيار" شرطاً ثانياً لحمل تبعة الجريمة: وسند ذلك قول الله تعالى «إِلاَّ مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ»[٤٦٢]، وقوله تعالي «فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ»[٤٦٣]. وقول الرسول صلى الله عليه وسلم «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه».

والمستفاد من هذه النصوص أن الركن المعنوي للجريمة، وشرطا تبعتها هما: التمييز وحرية الاختيار. وهذان الشرطان، في حقيقتهما وصف للإرادة التي تصدر عنها الماديات الإجرامية ثم تسيطر عليها، فيتعين أن تكون إرادة مميزة وأن تكون إرادة حرة. وإذا توافر للإرادة هذان الشرطان وصفت بأنها «إرادة معتبرة شرعاً»، أي صالحة لأن يعتد بها في الأحكام الشرعية، وأن يرتب عليها أثرها، من حيث صلاحيتها ليتوافر بها الركن المعنوي للجريمة، وتتحقق بها شروط «حمل تبعة الجريمة».

ويتصل بهذه الأصول مبدأ أساسي في حمل التبعة، هو مبدأ «شخصية العقوبة»، ومؤدى هذا المبدأ أنه لا يسأل عن جريمة، ولا يستحق عقوبتها إلا من أتى السلوك الذي تقوم به؛ أما غيره من الناس وإن كان ذا صلة وثيقة به، كما لو كان أباه أو ابنه أو زوجه، فلا يسأل عن هذه الجريمة، ذلك لأنه لم تتوافر له الإرادة المعتبرة شرعاً بالنسبة لهذا السلوك، أي لم تتجه إرادته إلى هذا السلوك. وقد وردت في تقرير هذا الأصل نصوص شرعية عديدة، أخصها قوله تعالى «وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى»[٤٦٤]، وقوله سبحانه «كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ»[٤٦٥]، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا يؤخذ الرجل بجريرة أبيه ولا بجريرة أخيه».

---

[٤٦٢] سورة النحل، الآية ١٠٦.

[٢] سورة البقرة، الآية ١٧٣.

[٣] سورة الأنعام الآية ١٦٤.

[٤] سورة المدثر، الآية ٣٨.

ولا يعتبر استثناء على هذا الأصل تقرير مسئولية الشريك بالمباشرة أو بالتسبب عن فعل شريكه، ذلك أن إرادته قد اتجهت إلى هذا الفعل، وقبل أن يحمل تبعته. ولا يعتبر استثناء على هذا الأصل كذلك ضمان العاقلة لجريمة الصغير أو البالغ غير المتعمد، ذلك أن لهذا الضمان السند العقلي والنقلي الذي يقوم عليه.

٦٢٨ – اعتبار العقل الكامل مناط التكليف:

أجمل الفقهاء مناط التكليف، وشرط حمل التبعة الكاملة للفعل في اكتمال عقل من صدر عنه الفعل. فإذا لم يتوافر «العقل الكامل» فلا يثبت التكليف، ولا يكون محل للمسئولية عنه. وإذا ورد النقص على العقل ورد التعديل – في صورة التخفيف – على نطاق حمل تبعة الفعل.

ويقول في ذلك الإمام محمد أبو زهرة «قام التكليف في الإسلام على العقل الكامل، لا على مجرد التمييز، وبما أن الجريمة هي معصية منهي عنها، فإنه لا يخاطب بهذا المعنى إلا من أوتي عقلاً كاملاً، ولا يكون في موضع المؤاخذة الكاملة إلا من فعل الفعل المنهي عنه، وهو في حال صحو كامل»[٤٦٦].

وقال الإمام الآمدي «اتفق العقلاء على أن شرط المكلف أن يكون بالغاً عاقلاً فاهماً للتكليف، لأن التكليف خطاب، وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال كالجماد والبهيمة. ومن وجد له أصل الفهم لأصل الخطاب دون تفاصيله من كونه أمراً أو نهياً، ومقتضياً للثواب والعقاب، ومن كون الآمر هو الله تعالى، وأنه واجب الطاعة، وكون المأمور على صفة كذا وكذا كالمجنون والصبي الذي لا يميز، فهو بالنظر إلى تفاصيله كالجماد والبهيمة بالنظر إلى أصل فهم الخطاب، ويتعذر تكليفه أيضاً إلا على رأي من يجيز تكليف ما لا يطاق، لأن المقصود من التكليف كما يتوقف على فهم أصل الخطاب يتوقف على فهم تفاصيله».

وقصر الفقهاء شرط التكليف وحمل التبعة بناء على ذلك على «العقل الكامل» لا يتعارض مع تفصيل هذا الشرط ورده إلى التمييز وحرية الاختيار: ذلك أن العقل الكامل، أي العقل العادي الذي يؤدي وظائفه على الوجه الطبيعي

---

[٤٦٦] الإمام الشيخ أبو زهرة، ص ٣٦٧.

ويستطيع فهم ماهية الفعل الذي يصدر عن صاحبه وحكمه من حيث النهي هو العقل المميز؛ وبالإضافة إلى ذلك فإن العقل الكامل هو الذي يسيطر على أعضاء الجسم ويستطيع توجيهها على النحو الملائم لصاحبه هو العقل الحر، وإذا تعين أن ينسب التمييز وحرية الاختيار إلى محل، فإن المتعين أن ينسب إلى «الإرادة»، باعتبارها «وسيلة» العقل إلى السيطرة على أعضاء الجسم وتوجيهها.

٦٢٩ – الصفة الإجرامية للإرادة:

اشتراط اتصاف الإرادة بالتمييز وحرية الاختيار هو اشتراط «مجرد» يتعين أن يتوافر للإرادة حتى تصلح أساساً عاماً لحمل التبعة. ولكن هذه الإرادة يتعين أن توصف بطابع «واقعي» مستمد من نوع وخصائص الفعل المنهي عنه، التي يستمد منها الفعل علة النهي عنه، أي علة تجريمه. وبناء على ذلك، يتعين أن توصف الإرادة بأنها منهي عن توجيهها إلى ذلك الفعل، إذ اتجاهها إلى ما هو منهي عنه، يجعل هذا الاتجاه بدوره منهياً له، ويصم الإرادة بأنها إرادة إجرامية لأنها اتجهت إلى ما تقوم به جريمة.

٦٣٠ – حمل تبعة الجريمة والمسئولية عن الجريمة:

استعمل الفقه الإسلامي تعبير حمل التبعة، ولم يستعمل تعبير المسئولية، ولفظ «يسأل» عن فعل معين، وهو مصدر المسئولية عنه قد ورد في القرآن الكريم في قوله تعالى «لاَ يُسْأَلُ عَمَّا يَفْعَلُ وَهُمْ يُسْأَلُونَ»[٤٦٧].

ونستطيع القول بأن تعبيري «تحمل التبعة» «والمسئولية»، هما تعبيران مترادفان. والدليل على ذلك مستمد من تعريف كل منهما: تحمل التبعة هو الالتزام بتحمل النتائج المترتبة على توافر أركان الجريمة في حق من يحمل تبعتها. وموضوع هذا الالتزام هو العقوبة التي ينزلها الشارع بمن يحمل تبعة الجريمة. وهذا التعريف يصدق على المسئولية عن الجريمة.

ونستطيع بناء على هذا التعريف تحديد الموضع التأصيلي لتحمل التبعة أو المسئولية: إنها ليست ركناً للجريمة، إذ لا تنشأ إلا إذا توافرت ابتداء جميع أركان الجريمة، فهي – إزاء هذه الأركان – أثر لاجتماعها، وليست أحدها. ومن الجائز، بناء على ذلك استعمال تعبيري تحمل التبعة وحمل المسئولية كمترادفين.

---

[٤٦٧] سورة الأنبياء الآية ٢٣.

٦٣١- العلاقة بين الركن المعنوي للجريمة والركنين الشرعي والمادي:

العلاقة بين الركن المعنوي والركن الشرعي وثيقة: فلا وجود للركن المعنوي إلا إذا توافر ابتداء الركن الشرعي: ذلك أن الإرادة لا توصف بأنها «إجرامية» إلا إذا اتجهت إلى ماديات أسبغ الشارع عليها صفة غير مشروعة: فالصفة الإجرامية للإرادة – وهي عنصر الركن المعنوي – لا تتوافر لها إلا إذا اتجهت إلى ماديات توافر الركن الشرعي بالنسبة لها، فاتصفت بالصفة غير المشروعة. فالركن الشرعي – على هذا النحو – هو مصدر الركن المعنوي، إذ التحقق من تجريم الشارع للسلوك سابق على القول بتوافر الركن المعنوي للجريمة.

والصلة بين الركن المعنوي والركن المادي واضحة كذلك: فالركن المعنوي هو – بالنسبة لجريمة معينة – انعكاس لماديات الجريمة في نفسية الجاني: فالإرادة تتجه إلى هذه الماديات، ومن ثم كان تحديد الركن المعنوي لجريمة معينة مفترضاً تحديد مادياتها والقول بأن الإرادة قد أحاطت بها ثم اتجهت إليها. وبناء على ذلك، كان تحديد عناصر الركن المعنوي متوقفاً على تحديد عناصر الركن المادي.

٦٣٢ – عناصر الركن المعنوي للجريمة:

يتطلب الركن المعنوي للجريمة توافر عنصرين: وجود إرادة معتبرة شرعاً، أي يعتد بها الشارع في بناء الركن المعنوي للجريمة. ومحل ذلك أن تنتفي بالنسبة لها أسباب عدم اعتداد الشارع بها، وهي الأسباب التي يزول بها عن الإرادة التمييز وحرية الاختيار. وهذه الأسباب يمكن التعبير عنها اصطلاحاً «بموانع المسئولية».

ويتطلب الركن المعنوي بعد ذلك اتجاه الإرادة على نحو مخالف لنواهي الشارع وأوامره، ويتحقق ذلك باتجاهها إلى ماديات غير مشروعة، بما يفترضه ذلك من تبني هذه الماديات بخلقها أو قبولها.

٦٣٣ – تقسيم الدراسة:

تتضمن الدراسة بيان «من يسأل جنائياً»، أي من يتصور توافر الركن المعنوي لجريمة بالنسبة له. وتتضمن بعد ذلك تحديد الأساس المنطقي للمسئولية عن الجريمة. وتتضمن الدراسة كذلك بيان متى تكون الإرادة معتبرة شرعاً،

وهو ما يتحقق إذا توافر لها التمييز وحرية الاختيار؛ وأهم ما يتضمنه هذا القسم هو تفصيل حالات عدم اعتداد الشارع بالإرادة، وهو ما يتحقق إذا انتفى عن الإرادة أحد شرطي الاعتداد بها، بأن انتفى عنها التمييز أو حرية الاختيار أو انتفيا معاً. ويطلق على هذه الحالات في الاصطلاح تعبير «موانع المسئولية».

وتتضمن الدراسة في النهاية بيان «الاتجاه الإرادي» المؤلف للقانون، وهو ما يتحقق إذا اتجهت إلى سلوك نهي الشارع عنه فأسبغ عليه الصفة غير المشروعة، وامتدت هذه الصفة منه إلى الإرادة فصارت بناء على ذلك «إرادة إجرامية». ويحدد الشارع حالات عدم اعتداده بالإرادة، لانتفاء التمييز أو حرية الاختيار عنها، ويطلق على هذه الحالات في الاصطلاح تعبير «موانع المسئولية».

الفصل الأول
من يسأل جنائياً

٦٣٤ – المبدأ الشرعي في تحديد المسئول جنائياً:

المبدأ الأصولي المقرر في الفقه الإسلامي أنه لا يسأل غير الإنسان، وتستوي في ذلك المسئولية الجنائية والمسئولية المدنية. والسند الشرعي لهذا المبدأ أن المسئولية في جميع صورها منوطة بتوافر العقل الكامل، وما يرتبط به من القدرة على فهم التكليف الشرعي، والقدرة على إلزام نفسه به. أما غير الإنسان من المخلوقات كالحيوان والجماد فلا تتوافر له هذه القدرة، وبناء على ذلك كان توجيه التكليف إليها عبثاً تنزهت عنه الشريعة، وكان إنزال الجزاء بها أياً كانت صورته غير محقق الأغراض التي يهدف إليها الجزاء. ويقول في ذلك الإمام الزيلعي «أن الله سبحانه وتعالى جعل البشر أشرف خلقه، وجعلهم بكمال حكمته متفاوتين فيما يمتازون به على الأنعام، وهو العقل، وبه يسعد من سعد، وذلك لأن الله تبارك وتعالى ركب في البشر العقل والهوى، وركب في الملائكة العقل دون الهوى، وركب في البهائم الهوى دون العقل، فمن غلب من البشر عقله على هواه أفضل من الملك لما يقاسي من مخالفة الهوى ومكابدة النفس، ومن غلب هواه على عقله كان أردأ من البهائم، قال تبارك وتعالى «أُولَـئِكَ كَالأَنْعَامِ بَلْ هُمْ أَضَلُّ»[٤٦٨].

٦٣٥ – السند الشرعي لمبدأ حصر المسئولية في الإنسان:

أهم سند لهذا المبدأ هو نصوص القرآن الكريم والسنة الشريفة: فجميع هذه النصوص تخاطب الإنسان دون سواه من المخلوقات، وتلزمه بالتكليف وما يتضمنه من أوامر ومذاهب. ويتضح ذلك في قوله تعالى «وَأَن لَّيْسَ لِلإِنسَانِ إِلاَّ مَا سَعَى* وَأَنَّ سَعْيَهُ سَوْفَ يُرَى»[٤٦٩]، فقد حـددت هذه الآية الكريمة حكم مسئولية الإنسان، فذكرت أنه لا يسأل إلا عما سعى، أي يسأل عن عمله الشخصي فقط ولا يسأل عن عمل سواه، وذكرت بعد ذلك أن سعيه سوف يرى، أي سوف يحاسب عليه في الدنيا والآخرة. وقد افترضت هذه الآية أن المسئولية قاصرة على الإنسان، فلم تشر – في صورة ما – إلى مسئولية ومحاسبة مخلوق

---

[٤٦٨] سورة الأعراف الآية ١٧٩.

[٤٦٨] سورة النجم الآيتان ٣٩ ، ٤٠.

سواه. ويدعم ذلك أن جميع النصوص التي أشارت إلى الجرائم وعقوباتها، قد قصرت ذلك على الإنسان: فقوله تعالى «ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق»[٤٧٠] وقوله تعالى «وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ ...»[٤٧١]، وقوله «الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي ...»[٤٧٢] وقوله «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالأُنثَى بِالأُنثَى فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ»[٤٧٣]. يتضح منه أن الخطاب موجه إلى الإنسان، فبداية الآية ذكرت أن الخطاب فيها موجه إلى «الذين آمنوا»، ولا يصدق الوصف بالإيمان إلا على الإنسان. يؤيد ذلك أن الآية التالية لها ورد فيها قوله تعالى «وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَاْ أُولِيْ الأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ»[٤٧٤]، فقد ربطت هذه الآية حكمة القصاص بأن «فيه حياة»، ووجهت ذكر هذه الحكمة إلى «أولي الألباب»، أي أصحاب العقول. وهذا الوصف لا يصدق على غير الإنسان، واختتمت ذلك بقولها «لَعَلَّكُمْ تَتَّقُون»، والتقوى لا تتصور إلا من الإنسان. كل هذه الآيات يتضح من سياقها اللغوي وعلتها الشرعية أن الخطاب موجه فيها إلى الإنسان دون سواه.

٦٣٦ – السند المنطقي لمبدأ حصر المسئولية في الإنسان:

أهم سند من المنطق لدعم هذا المبدأ أن الفقهاء ربطوا المسئولية وجزاءها بثبوت الأهلية، فمن ليس أهلاً شرعاً لا يسأل ولا يوقع عليه جزاء. والأهلية – عند علماء الأصول – أهلية وجوب وأهلية أداء: فأهلية الوجوب تعني بثبوت الحقوق، وهي تقوم على الصلاحية لآثار الوجوب، بالقدرة على أداء الحقوق الواجبة، فمن لم يكن قادراً شرعاً على تحمل أثر الوجوب لا يكون أهلاً للوجوب عليه.[٤٧٥] وأهلية الأداء تعني صلاحية الإنسان لصدور القول والفعل عنه على وجه يعتد به شرعاً، أي كون الإنسان معتبراً فعله شرعاً.

والأهلية في نوعيها لا تثبت إلا للإنسان. والربط بين الأهلية من ناحية والمسئولية والجزاء من ناحية أخرى يفرضه المنطق، ذلك أن المسئولية والجزاء

---

[١] سورة الإسراء الآية ٣٣.
[٢] سورة المائدة الآية ٣٨.
[٣] سورة النور الآية ٢.
[٤] سورة البقرة الآية ١٧٨.
[٥] سورة البقرة الآية ١٧٩.
[٦] النسفي ص ٢٦٧، الأستاذ أحمد إبراهيم رقم ٤ ص ٢٤٥، الشيخ عبد الوهاب خلاف ص ١٥٧.

حق للمجتمع والتزام على الجاني، ولا يثبت حق ولا يفرض التزام إلا على من كان أهلاً، في نوعي الأهلية معاً.

وقد سلفت الإشارة إلى سند منطقي تدعمه الأصول الشرعية، مؤداه الربط بين المسئولية واكتمال العقل، والعقل لا يكون لغير الإنسان.

ونشير أيضاً إلى أن الركن المعنوي للجريمة قوامه «الإرادة»، وعلى وجه التحديد الإرادة المميزة الحرة، وهذه الإرادة كقوة إنسانية تتصف بالتمييز والحرية لا تكون إلا للإنسان. ومؤدى ذلك أن الجريمة والمسئولية عنها لا تتصور إلا بالنسبة للإنسان، لأن ركنها المعنوي لا يتصور توافره إلا بالنسبة للإنسان.

ونشير في النهاية إلى حجة مستمدة من الوظيفة الاجتماعية للعقوبة وأغراضها: فليست العقوبة رد فعل اجتماعي غاشم يتمثل في الانتقام من الجاني، وإنما هي نظام اجتماعي له أغراض، ومجمل هذه الأغراض ردع غير الجاني عن سلوك مسلكه، وتهذيب الجاني نفسه وإعداده ليكون بعد انتهاء عقوبته مواطناً صالحاً. وقد أشار الله تعالى إلى هذه في قوله «لَعَلَّكُمْ تَتَّقُون»، ويعني ذلك أن غرض العقوبة هو «التقوى»، سواء «تقوى الجاني» فلا يعود إلى مثل سلوكه، «وتقوى غيره»، بحيث لا يقلده. وتحقيق هذه الأغراض يتطلب تطبيق برنامج علاجي وتهذيبي وتأهيلي، وهذه الأغراض لا يتصور تحقيقها إلا بالنسبة لإنسان، ومن ثم كان تقرير المسئولية وما يستتبعه من توقيع العقوبة على غير الإنسان عبثاً يتنزه الشارع عنه.

وأهم نتيجة تترتب على هذا المبدأ أن المسئولية لا تقوم بالنسبة للحيوان والجماد، وقد أكد هذه النتيجة الحديث الشريف في قوله صلى الله عليه وسلم «العجماء جبار»؛ فإذا جمح جواد فقتل شخصاً أو أصابه بجراح، أو انهار بيت فقتل أو جرح بعض سكانه فلا تنسب جريمة إلى الجواد أو البيت، وإنما إذا كان وراء الواقعة إنسان تسبب فيها وتوافر لديه قصد إحداثها أو خطأ في إحداثها، كما لو أطلق شخص وحشاً على شخص قاصداً أن يفترسه، وتحقق ذلك أو أهمل في صيانة مبنى مع كونه ملتزماً بذلك، فانهار المبني على سكانه، وأفضى ذلك إلى موت أو إصابة بعض من كان فيه، نسبت المسئولية إلى ذلك الشخص.

٦٣٧ – مقارنة بين حكم الشريعة الإسلامية والأحكام التي كانت تقررها التشريعات الأوربية المعاصرة للثورة الفرنسية:

كانت هذه التشريعات التي ظلت مطبقة حتى نهاية القرن الثامن تقـــرر قواعد مختلفة عن الأحكام التي قررتها الشريعة الإسلامية منذ نزولها في القرن الثامن، إذ كانت تقرر مسئولية جثث الموتى والحيوانات والجمادات، وتنظم لها محاكمات شبيهة بما كانت تنظمه للبشر الأحياء وتنزل بها عقوبات مناظرة لما كانت تقرره للبشر الأحياء. ويروي مؤرخو القانون الفرنسي أنه حوكم «خنزير» افترس طفلاً، وقضي عليه بالإعدام؛ وأنه كانت تنظم محاكمات لجثث فئات من المجرمين، وبصفة خاصة مرتكبي جرائم الاعتداء على الحاكم أو على أمن الدولة أو على حرية الدين ورموزه، وبصفة خاصة جرائم الهرطقة والسحر والشعوذة وتدنيس أماكن العبادة.

وكان التفسير الذي يقدم لهذه الأحكام أن الجرائم التي تنسب إلى هذه الموجودات من غير البشر الأحياء ترتكبها أرواح أو شياطين تقمصت هذه الأشياء، وسخرتها لارتكاب الجريمة، وأن المحاكمة والعقوبة يواجهـــان هـــذه الأرواح، ويهدفان إلى طردها من المجتمع تطهيراً له منها. وساد الاعتقاد بأن إيلام العقوبة ينزل بهذه الرواح. وقد بررت هذه المعتقدات الشدة البالغة للعقوبات التي كانت تقررها هذه التشريعات. وهذه المعتقدات خلفتها الأديان الوثنية القديمة، وقد ظلت تسيطر – على الرغم من انتشار المسيحية – بعد أن تجردت من أصلها الوثني، وأصبحت أسلوباً لتفسير الجريمة. وتعلل هذه المحاكمات والعقوبات بوظيفتها الرمزية، باعتبارها تكشف عن حرص السلطات العامة على إقرار أحكام القانون، وحماية الحقوق أياً كان مصدر الاعتداء عليها.

وتكشف هذه المقارنة عن سمو الشريعة الإسلامية بالمقارنة بهذه التشريعات التي عاصرت هذه الشريعة، بل وظلت مطبقة حتى وقت لاحق على نزولها وتطبيقها بقرون. وفي مقابل ذلك، فقد استندت الشريعة الإسلامية إلى المنطق السليم والمعطيات العقلية، التي ظاهرت نصوصها واستند إليها فقهها، مما جعلها – في حزم مطلق – تبطل الخرافات الوثنية وعقائد الأديان البدائية، التي لم يكن لها سند غير تسليم الأجيال السابقة بها.

ونستطيع أن نقرر – دون مبالغة أو انحياز مسبق – أن كثيراً من التشريعات الأوربية التي أعقبت الثورة الفرنسية راجع إلى اتصال الشعوب الأوربية بالعالم الإسلامي، وخاصة في الأندلس وصقلية وجنوب إيطاليا التي كانت تحفل بالمدارس والمعاهد والجامعات وحلقات الدرس في المساجد الكبرى، وكانت تحفل كذلك بالعلماء والفقهاء والفلاسفة وعلماء الكلام وأساطين المنطق وخبراء النفس البشرية والباحثين في النظم الاجتماعية. وقد تردد الطلاب الأوربيون على المعاهد العلمية، واتصلوا بالعلماء المسلمين في شتى فروع العلم، ونقلوا إلى بلادهم، وخاصة فرنسا وألمانيا وشمال إيطاليا ما تعلموه في معاقل العلم الإسلامية. وما لبثت العقائد البدائية أن تهاوت أمام الأحكام الإسلامية المستنيرة وحلت هذه الأحكام – خلال فترة قصيرة نسبياً من الزمن – محل عقائد وأحكام ظلت سائدة على مدى قرون من الزمان، يساندها فكر بدائي ظل مسيطراً على العقول.

ويمثل ذلك عطاء غير محدود قدمته الحضارة الإسلامية – وخاصة في جانبها الشرعي – إلى حضارات أوربية كانت في بداية تفتحها.

ومعلوم أن الحضارة القانونية الأوربية قد بدأت في فرنسا، في عهد "نابليون" في أوائل القرن التاسع عشر الذي جعل من بين أولويات همومه توحيد التشريع الفرنسي، كمظهر لوحدة "الإمبراطورية الفرنسية"، وسند لدعم نفوذها، ومظهر لقوتها.

وفي ذلك الوقت كانت فرنسا مقسمة تشريعياً إلى قسمين: قسم أطلق عليه "بلاد القانون المكتوب Pays de Droit écrit"، وهو شمال فرنسا حيث كانت تسود مدونات القانون الروماني أو تشريعات مكتوبة مصدرها هذا القانون. وقسم في الجنوب أطلق عليه تعبير "بلاد القانون العرفي Pays de droit coutumier" حيث كانت تسود قواعد عرفية، تأثرت بأحكام الشريعة الإسلامية بحكم جوارها واتصالها الحضاري بالأندلس، وتأثر سكانها بالعقائد والأفكار والقيم الإسلامية، على الرغم من الغزو الأسباني البرتغالي الذي كانت تسانده حضارة متواضعة. وقد اتجهت جهود نابليون التشريعية في توحيد التشريع الفرنسي إلى الجمع والتنسيق بين هذين القسمين من القواعد، تسانده في ذلك مجموعة من العلماء والخبراء بفنون التشريع رجحت في تقديرهم القواعد العرفية ذات الأصل الإسلامي، الذين لم يلحظوا هذا الطابع، وإنما لاحظوا تميزها من حيث القيم

والمنطق وكانت الثمرة الكبرى لهذا الجهد التشريعي الكبير – الذي يفوق من حيث القيمة سائر إنجازات نابليون في المجالات السياسية والعسكرية – أن وضع القانون المدني سنة ١٨٠٤، وقانون العقوبات سنة ١٨١٠ وقانون تحقيق الجنايات سنة ١٨١٠ وقانون التجارة وقانون المرافعات.

وهذه التقنينات لم يقتصر نفوذها على فرنسا، وإنما امتد إلى تشريعات غالبية دول القارة الأوربية، وبصفة خاصة بلجيكا، وإيطاليا وألمانيا (التي لم تكن قد وجدت بعد)، فوضعت تقنيناتها متأثرة بقوانين نابليون بل إن تأثير هذه القوانين امتد إلى دول غير أوربية أهمها مصر في عام ١٨٧٦، وعام ١٨٨٣. وتأثرت بها غير القوانين المصرية، قوانين معظم الدول العربية.

ويستتبع مبدأ حصر نطاق المسئولية الجنائية في الإنسان التساؤل عما إذا يناقض هذا المبدأ مساءلة الشخص الاعتباري جنائياً.

٦٣٨- المسئولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية:

٦٣٩ – التعريف بالشخص الاعتباري:

الشخص الاعتباري هو «مجموعة من الأشخاص أو الأموال أسبغ عليها الشارع الشخصية القانونية». وقد اعترف الشارع المصري بالأشخاص الاعتبارية، فقد نظمها القانون المدني (المواد ٥٢ – ٥٨) واعترف لها «بجميع الحقوق إلا ما كان ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية، وذلك في الحدود التي قررها القانون». ورتب على ذلك إقراره للشخص الاعتباري بذمة مالية مستقلة، وأهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه، أو يقررها القانون، واعترف له بحق التقاضي، ووجود موطن مستقل له (المادة ٥٣ من القانون المدني). ويتضح من التعريف بالشخص الاعتباري أنه ليس إنساناً، وإن كان يماثل – في نظر القانون – الإنسان، من حيث الاعتراف له بالشخصية القانونية، بما يفترض ذلك من اكتساب الحقوق وحمل الالتزامات، وإن بقى مع ذلك الفارق بين الشخصين من حيث أن هذه الشخصية محدودة النطاق بالنسبة للشخص الاعتباري من حيث انحصارها في الحدود التي يعينها «سند إنشائه أو التي يقررها القانون». وعلى الرغم من هذا الفارق، فإن التساؤل يثور عما إذا كانت ثمة مصلحة اجتماعية في الاعتراف بالمسئولية الجنائية للشخص الاعتباري، من حيث مكافحة الإجرام

بصفة عامة أو مكافحة أنواع منه يغلب أن ترتكب عن طريق الأشخاص الاعتبارية. فإذا ثبت ذلك كان حجة تقدم للاعتراف بهذه المسئولية، بالنظر إلى أن وظيفة القانون هي حماية المصالح الاجتماعية الجديرة بالاعتبار.

ولم يعرض علماء الفقه الإسلامي لهذا الموضوع، ذلك لأن «نظرية الشخص الاعتباري» لم تكن قد اتضحت بعد، أو على الأقل لم تكن قد اكتسبت بعد أهميتها الحالية في الحياة القانونية.

وإذا كان لا يوجد نص أو ينعقد إجماع على رأي في شأن المسئولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية، فإن القول برأي في هذا الموضوع يصلح لأن يفتح فيه باب الاجتهاد: ونفصل فيما يلي عناصر هذا الموضوع: تفترض المسئولية الجنائية للشخص الاعتباري أن الفعل الإجرامي ارتكبه ممثل هذا الشخص الاعتباري باسمه ولحسابه ومصلحته. مثال ذلك أن يرتكب تزويراً أو تهرباً ضريبياً لمصلحة الشخص الاعتباري أو يحوز لحسابه مواد محظوراً حيازتها. ولم يثر جدل في أن ممثل الشخص الاعتباري يسأل عنه، كما لو كان ارتكبه لحسابه الخاص، وتوقع عليه العقوبات التي يقررها القانون لهذا الفعل.[٤٧٦] ولكن الجدل يثور لتحديد ما إذا كان الشخص الاعتباري – باعتباره شخصاً قانونياً متميزاً عن ممثله – يسأل عن هذا الفعل كذلك، وتوقع عليه العقوبة المقررة له.

أثار هذا الموضوع في الفقه الوضعي الحديث خلافاً في الرأي، ما بين رأي ينكر هذه المسئولية ورأي يعترف بها. ونعرض فيما يلي لهذا الخلاف.

٦٤٠ – إنكار المسئولية الجنائية للشخص الاعتباري:

يستند هذا الرأي إلى الحجج التالية:

أن الإرادة عنصر في كل جريمة، والإرادة بطبيعتها قوة إنسانية، فإذا ثبت أنه ليس للشخص الاعتباري إرادة حقيقية، فلا وجه لتصور ارتكابه جريمة، وإنما تنسب الجريمة إلى من توافرت لديه الإرادة، وهو الآدمي الذي ارتكب الجريمة لحساب الشخص الاعتباري.[٤٧٧] وبالإضافة إلى ذلك، فإن القول بالمسئولية الجنائية للشخص الاعتباري يصطدم بمبدأ التخصص الذي يحكم وجوده القانوني، فوجوده

---

(٤٧٦) الدكتور السعيد مصطفى السعيد، ص ٣٧٢.

(٤٧٧) الأستاذ جارو، جـ ١ رقم ٢٥٩، ص ٥٣٨.

محدد ومحصور في نطاق الغرض الذي يستهدفه، ففي مجال سعيه إلى تحقيقه يعترف له الشارع بالوجود. فإذا انحرف عنه فلا وجود له، ولا محل للبحث في الأحكام التي تنظم هذا الانحراف. وقد أنشئ الشخص الاعتباري ليستهدف غرضاً مشروعاً: فإذا ارتكب جريمة فقد انحرف عن هذا الغرض، ولم يعد له وجود قانوني، ومن ثم تكون نسبة الجرائم إليه اعترافاً به في غير ميدان وجوده، أو إهداراً لمبدأ التخصص الذي يحكم وجوده القانوني.(٤٧٨) وبالإضافة إلى ذلك، فإن القول بالمسئولية الجنائية للشخص الاعتباري ينطوي على إخلال بمبدأ «شخصية المسئولية والعقوبة» الذي يقضي بأن العقوبة لا توقع على غير من ارتكب الفعل الذي تقوم به الجريمة وتوافرت لديه الإرادة الإجرامية. ولا يصدق ذلك على غير الآدمي الذي ارتكب ذلك الفعل وتوافرت لديه هذه الإرادة، ومن ثم يكون توقيع العقوبة على الشخص الاعتباري، بحيث تمس حقوق أصحاب المصلحة فيه، ومنهم من لم يساهم في الجريمة، بل لم يعلم بها، بل وعارض في ارتكابها إذا كان قد علم بها.(٤٧٩) وفي النهاية، يقرر أنصار هذا الرأي أن العقوبات التي يقررها القانون قد وضعت خصيصاً للآدميين، ويستحيل أن توقع على الشخص الاعتباري، إذ لم يكن في تقدير الشارع أن توقع، أو ما يناظرها على الشخص الاعتباري: فكيف يتصور إنزال العقوبات السالبة للحرية أو المقيدة لها على شخص اعتباري أو توقيع عقوبة الإعدام عليه.(٤٨٠)

٦٤١ – الاعتراف بالمسئولية الجنائية للشخص الاعتباري:

يرفض هذا الرأي الحجج التي استند إليها الرأي المنكر للمسئولية الجنائية للشخص الاعتباري، ثم القول بأن الاعتراف بها هو نتيجة حتمية للتحليل الدقيق لطبيعة الشخص الاعتباري، وهو بعد ذلك أسلوب لا غنى عنه لحماية مصالح المجتمع في مجال صارت ظروف مكافحة أنواع من الجرائم المستحدثة تقتضيه، وفيما يلي بيان ذلك:

ليس من السائغ في منطق التشريع الاحتجاج بأن الشخص الاعتباري لا إرادة له: فإذا ساغ هذا القول عند من يرون في الشخص الاعتباري محض

---

(٤٧٨) الأستاذان فيدال ومانيول، جـ ١ رقم ٥٦-٢ ص ٨١.

(٤٧٩) الأستاذان ميرل وفيتو جـ ١ رقم ٥٥٨ ص ٦٣٣.

(٤٨٠) الأستاذان فيدال ومانيول، جـ ١ رقم ٦٥-٢ ص ٨١.

مجاز، فهو غير مقبول في منطق «نظرية الحقيقة» التي تسود في الفقه الحديث، وترى أن للشخص الاعتباري وجوداً حقيقياً.[٤٨١] وبالإضافة إلى ذلك، فإن نفي الإرادة عن الشخص الاعتباري يفضي إلى نتيجة غير مقبولة في مجالات القانون غير الجنائية، وبصفة خاصة في مجالات القانون المدني والقانون التجاري والقانون الإداري، إذ يقود إلى القول باستحالة أن يكون الشخص الاعتباري طرفاً في عقد أو أن يسأل مدنياً مسئولية تعاقدية أو مسئولية عن فعله الضار، إذ التعاقد يفترض إرادة، والمسئولية التقصيرية تفترض إرادة موصوفة بالخطأ. وهذه النتيجة لا يمكن التسليم بها، لأنها تهدر مصالح أساسية للمجتمع.[٤٨٢] أما القول بأن «الإرادة» قوة إنسانية، وأنها لا تكون لغير الآدمي، فلا ينفي أن للشخص الاعتباري إرادة، لأن إرادته ممثله – حين يتصرف باسمه ولحسابه هي – في الوقت ذاته – إرادة الشخص الاعتباري؛ وليس الاحتجاج بمبدأ التخصص مجدياً في إنكار المسئولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية، ذلك أن هذا المبدأ لا يرسم حدود الوجود القانوني للشخص الاعتباري وإنما هو يرسم حدود النشاط المصرح له به، فإذا جاوز مجال تخصصه فما زال له وجوده، ولكن يعد نشاطه غير مشروع، ومن ثم كان متصوراً أن تقوم من أجله مسئوليته؛ وإذا سئل الشخص الاعتباري عن جريمة فليس معنى ذاك اعتبار الجريمة غرضاً له، وإنما هي وسيلة منحرفة سلكها في سبيل تحقيق غرضه. والوضع لا يختلف عما إذا سئل مدنياً عن فعله الضار، إذ لا يعتبر إنزال الضرر بالغير غرضاً له، وإنما هو أثر ترتب على سلوك منحرف.[٤٨٣] وليس القول بأن تقرير المسئولية الجنائية للشخص الاعتباري ينطوي على إهدار لمبدأ

---

[٤٨١] انظر في عرض "نظرية الحقيقة" وتفصيل الحجة التي تستند إليها: الأساتذة بلانيول وريبير وبولانجين، شرح القانون المدني، جـ ١ (١٩٤٨) رقم ٧٠٦ ص ٢٧٠، والدكتور إبراهيم علي صالح، المسئولية الجنائية للأشخاص المعنوية (١٩٧٥) ص ١٨٢. وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية هذه النظرية، نقض مدني فرنسي ٢٨ يناير سنة ١٩٥٤، دالوز ١٩٥٤ ص ٢١٧. وقد ذكرت المحكمة في هذا الحكم أن "الشخصية المدنية ليست من خلق القانون، وإنما هي في الأصل لكل جماعة تملك وسيلة التعبير الجماعية لحماية مصالحها المشروعة الجديرة تبعاً لذلك بأن يحميها القانون.»

[٤٨٢] الأستاذ ليفاسير، دروس في شرح قانون العقوبات العام التكميلي، ١٩٦٠، ص ٣٧٩، والدكتور إبراهيم علي صالح.

[٤٨٣] الأستاذ دنديو دي فابر (١٩٤٧) رقم ٢٦٣ ص ١٤٩، الأستاذ ليفاسير ص ٣٨١، والأستاذ ديكوك، ص ٢٢٦.

«شخصية العقوبة» هو قول صحيح: ذلك أن الإخلال بهذا المبدأ يتحقق إذا وقعت العقوبة مباشرة على غير الشخص المسئول عن الجريمة، ولكن إذا وقعت عليه فتعدته آثارها إلى أشخاص يرتبطون به، فلا مساس في ذلك بشخصية العقوبة، إذ لا تتولد هذه الآثار عن العقوبة ذاتها، وإنما هي تتولد عن العلاقة القائمة بين من وقعت عليه العقوبة ومن تعدت إليه آثارها، والوضع نفسه يتحقق حينما توقع العقوبة على الآدمي، فتنال آثارها من يعولهم.[٤٨٤] وفي النهاية، فإن القول بأن العقوبات التي يقررها القانون قد وضعت خصيصاً للآدميين فلا يتصور توقيعها على الشخص الاعتباري، فإن هذا القول لا يصدق على العقوبات المالية كالغرامة والمصادرة، فلهذا الشخص ذمته المالية، ويتصور حرمانه من بعض عناصرها؛ أما الإعدام والعقوبات السالبة للحرية والمقيدة لها، فمن المتصور أن يكون لها ما يقابلها بالنسبة للشخص الاعتباري: فالإعدام يقابله الحل، والعقوبات السالبة للحرية يقابلها الوضع تحت الحراسة، وتضييق دائرة النشاط المصرح به.[٤٨٥]

وإذا كان تحديد أهلية الشخص الاعتباري للمسئولية الجنائية لم يرد في شأنه نص قطعي الدلالة ولم ينعقد في شأنه إجماع، فإنه يبقى موضوعاً للاجتهاد، بحيث يكون للمجتهد في عصر معين أن يذهب إلى أحد الرأيين في هذا الموضوع، توجهه ظروف عصره، ومدى ما يمثله انحراف بعض الأشخاص الاعتبارية من خطورة على مصالح المجتمع وإذا انتهى رأي إلى تقرير مسئولية هذه الأشخاص جنائياً، فإنما يكون سنده في ذلك «المصلحة المرسلة». ويتجه بعض الفقهاء المحدثين إلى نفي أهلية المسئولية الجنائية وأهلية العقوبة عن الأشخاص الاعتبارية، ولكنهم يجيزون اتخاذ تدابير الأمن، ويريدون بها التدابير الاحترازية على الأشخاص الاعتبارية «التي يحدث وجودها ضرراً أو خطراً على مصالح الجماعة، واستدلوا على ذلك بأن الرسول صلى الله عليه وسلم هدم مسجد الضرار»[٤٨٦]، وقد اعتبر بعضهم هذه التدابير عقوبات، فقال «يمكن عقاب الشخص المعنوي كلما كانت العقوبة واقعة على من يشرفون على شئونه أو الأشخاص الحقيقيين الذين يمثلهم

---

(٤٨٤) الأستاذ دنديو دي فابر، رقم ٢٦٣، ص ١٤٩، والأستاذ ليفاسير، ص ٣٨٢، والدكتور إبراهيم علي صالح، ص ٥٠١.

(٤٨٥) الأستاذان ميرل وفيتو، جـ ١ رقم ٥٥٩، ص ٦٣٧، والأستاذ ديكوك ص ٢٥٧.

(٤٨٦) الدكتور حسين توفيق رضا، رقم ٧٥ ص ٩٩.

الشخص المعنوي كعقوبة الحل والهدم والمصادرة، كذلك يمكن شرعاً أن يفرض على هذه الشخصيات ما يحد من نشاطها الضار حماية للجماعة ونظامها وأمنها».

وتتجه أغلب التشريعات الحديثة إلى الاعتراف بالمسئولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية، فقد أقرها قانون العقوبات الفرنسي الجديد بعد أن كان القانون السابق يتجاهلها وما زال القانون المصري يتجاهلها كذلك. وكثير من التشريعات العربية سبقت القانون الفرنسي الجديد في إقرار هذه المسئولية، ومن هذه التشريعات قوانين العقوبات اللبناني والسوري والأردني والإماراتي والعراقي.

ونرى أن مصلحة المجتمع الإسلامي الحديث هي الاعتراف بالمسئولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية، وذلك لما صارت تحظى به من قوة اقتصادية أو سياسية أو ثقافية، تساندها بعض الدول وخاصة ما اصطلح على تسميته دولة القطب الواحد التي تسعى إلى بسط نفوذها في المجتمع الإسلامي، محاولة إضعاف اقتصاده أو تشويه قيمه الأخلاقية أو الإساءة إلى ثقافته. وقد ازداد هذا الخطر في العصر الحاضر الذي سادت فيه أفكار العولمة، بل وقننت هذه الأفكار في معاهدات أو تشريعات وطنية تلتزم بها الدول الإسلامية وقد صارت هذه الشركات والجمعيات، مصدر خطر حقيقي على قيم ومصالح المجتمع الإسلامي، إذا لم تخضع لرقابة فعالة للدولة، ويحظر عليها الانحراف نحو سلوك ضار أو خطر عليه. ويدعم هذا التنظيم جزاءات تتفق مع طبيعة الانحراف ومدى خطورته. وإذا كان الانحراف خطيراً تعين أن يكون الجزاء جنائياً. والمسئولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية يتعين أن تكون في شقيها: الشق المفضي إلى توقيع العقوبة والشق المفضي إلى إنزال التدبير الاحترازي. ولسنا نرى في إقرار هذه المسئولية ما يناقض مبدأ شرعياً، وعلى وجه التحديد «مبدأ شخصية المسئولية الجنائية»، ذلك أن العقوبة أو التدبير لا ينزل مباشرة بغير من ارتكب الفعل الذي تقوم به الجريمة، وهم الأشخاص الطبيعيون المكونون للشخص الاعتباري، وهم أو أغلبهم لم يقترفوا ذلك الفعل، فالعقوبة – على ما قدمنا – تنزل مباشرة بالشخص الاعتباري ثم تنال بعض آثارها الأشخاص المكونين له على نحو غير مباشر، على مثال ما يحدث إذا وقعت العقوبة على شخص طبيعي، فامتدت بعض آثارها إلى أشخاص آخرين يعولهم أو يرتبطون به على نحو ما تنشئ بينه وبينهم نوعاً من التضامن أو الترابط في المصالح.

الفصل الثاني

أساس تحمل التبعة

٦٤٢ – تمهيد:

يراد بالبحث في أساس تحمل التبعة أو أساس المسئولية الجنائية بيان السبب في حمل المكلف تبعه السلوك الذي نهى عنه الشارع، بما يستتبعه ذلك من التزامه بالخضوع للعقوبة أو التدبير الذي قرره لذلك، وفي تعبير آخر: لماذا يحمل المكلف تبعة سلوكه؟ ويترتب على الإجابة على هذا التساؤل بيان الشروط التي يتعين توافرها للمكلف كي يسأل عن سلوكه، بحيث إذا لم تتوافر هذه الشروط كان غير مسئول عن سلوكه أو كان مسئولاً عنه مسئولية محدودة، أي مسئولية ناقصة.

إن تحديد أساس تحمل التبعة ينحصر في أحد مذهبين: المذهب الأول، هو حرية الاختيار: فالمكلف كان في وسعه أن يختار بين الطريق المطابق لنواهي الشارع وأوامره والطريق المخالف لهما، وكان يجب عليه أن يختار الطريق الأول، فإذا ما اختار الطريق الثاني تعين أن يحمل تبعة هذا الاختيار، وأن يتحمل الجزاء المقرر لسوء اختياره.

أما المذهب الثاني، فينكر حرية الاختيار، ويرى أنها محض «وهم» استقر في الأذهان، ويرى بناء على ذلك أن المكلف مقدرة عليه أفعاله، فهو بالنظر إلى الظروف التي سبقت سلوكه أو عاصرته لم يكن يستطيع أن يتفادى هذا السلوك، وأن يتصرف على نحو آخر، ويرى إنكار هذا المذهب أن الجبرية هي التي تفسر جميع الأفعال الإنسانية، فثمة عوامل إذا توافرت أنتجت حتماً السلوك الإنساني. وهذا المذهب يواجه صعوبة: فإذا كان سلوك المكلف مقدراً عليه، ولم يكن في وسعه تفاديه، فلماذا يسأل عنه ويحمل تبعته، وهل تجيز العدالة ذلك. يجيب على ذلك أنصار هذا المذهب بأنه إذا كان سلوك المكلف الذي أضر بالمجتمع أو هدده بالخطر مقدراً عليه، فإن المجتمع – حماية لكيانه ومصالحه – مقدر عليه كذلك أن يواجه هذا السلوك بتدابير دفاع اجتماعي تدرأ عنه ذلك الضرر أو الخطر.

وفي الوسع إضافة مذهب ثالث إلى هذين المذهبين، هو وسط بينهما، مضمونه القول بأن المكلف يتمتع بحرية اختيار نسبية، أي محدودة النطاق بتأثير العوامل التي يأتي فيها سلوكه: فإذا ضاق نطاق الحرية عن هذا القدر لم يكن لحمل التبعة محل.

وقد دار الجدل بين هذه المذاهب في مجال "علم الكلام" وكان له صداه على نظرية تحمل التبعة، ودار بعد ذلك في مجال فلسفة القانون الجنائي وعلم السياسة الجنائية في العصر الحديث، وكانت الحجج التي قدمت لتأييد أحد المذاهب السابقة والنتائج التي استخلصت منه متقاربة. وتؤيد هذا التقارب "نظرية تواصل الحضارات" التي تصدر عن تكامل الحضارة الإنسانية ووحدة مسيرتها، وهي أدنى إلى الترجيح من "نظرية تصادم الحضارات" التي تصدر عن اتجاهات تدعي أن تفوق بعض الحضارات أو الثقافات لن يفيد منه غير تجار السياسة والحروب.

ونرى تقسيم الدراسة إلى قسمين: قسم يتناول الخلاف السابق في علم الكلام الإسلامي، وقسم يخصص لدراسة هذا الخلاف في السياسة الجنائية الحديثة.

المبحث الأول
الحرية والجبرية في علم الكلام

٦٤٣ – تمهيد:

تتنازع هذه المشكلة مذاهب ثلاثة: مذهب يرى أنصاره أن للإنسان في تصرفاته حرية مطلقة في اختيار الطريق المتفق المطابق لأوامر الشارع ونواهيه أو الطريق المخالف له، وأنصار هذا المذهب هم: المعتزلة، وهم القائلون "بحرية الاختيار". ومذهب يرى أنصاره أن الإنسان مجبر على إتيان تصرفاته، إذ هي مقدرة عليه قبل ميلاده. وكل فعل يأتيه الإنسان هو بإرادة الله تعالى، ومن ثم مجبور عليه، وأنصار هذا المذهب هم القائلون "بالجبرية". أما المذهب الثالث، فهو وسط بين المذهبين السابقين، ويذهب أنصاره إلى أن الإنسان يتمتع في تصرفاته بحرية اختيار بين إتيانه واجتنابه، ولكنها "حرية مقيدة". وأنصار هذا المذهب هم "الأشاعرة".

ونفصل فيما يلي هذه المذاهب:

المطلب الأول

مذهب حرية الاختيار

٦٤٤ – مدلول مذهب حرية الاختيار:

الحجة الأساسية التي يعتمد عليها هذا المذهب هي مبدأ "العدل الإلهي" الذي ينبع عن "مبدأ المسئولية الأخلاقية". ويعني "العدل الإلهي" أن الله تعالى يقتضي عدله ألا يسأل شخص إلا عن السلوك الذي يريده ويرتضيه، إذ يناقض هذا المبدأ أن يسأل شخص عن عمل لم يرده ولم تتجه إليه إرادته الحرة. ذلك أن الإنسان يستغل ما منحه الله من قدرات ذهنية في خلق أفعاله وتوجيهها، وبناء على ذلك كان فعله من خلقه، وكان بناء على ذلك منسوباً إليه.

وقد أوضح الإمام واصل بن عطاء إمام هذا المذهب الصلة بين حرية الاختيار والعدل الإلهي في قوله "إن الباري تعالى حكيم عادل، لا يجوز له أن يضاف إليه ظلم، ولا يجوز أن يريد من العباد خلاف ما يأمر، ويحتم عليهم شيئاً ثم يجازيهم عليه. فالله هو الفاعل للخير والشر، والإيمان والكفر، والطاعة والمعصية، وهو المجازي على فعله، والرب تعالى أقدره على ذلك" وأضاف إلى ذلك أنه "يستحيل أن يخاطب العبد بالفعل، وهو لا يمكنه أن يفعل، ولا هو يحس من نفسه الاقتدار والفعل.[٤٨٧] ودعم المعتزلة مذهبهم بأن سند حرية الإرادة هو العقل، إذ يمكن العقل صاحبه من التمييز بين الخير والشر، وأن الطبيعة البشرية تفترض أن الإنسان لا تتجه إرادته إلى شيء، إلا وهي مستنيرة بالفعل.

٦٤٥ – سند حرية الاختيار من القرآن الكريم:

استند أئمة مذهب حرية الاختيار إلى عديد من آيات القرآن الكريم، أبرزها قول الله تعالى « فَمَن شَاء فَلْيُؤْمِن وَمَن شَاء فَلْيَكْفُرْ»[٤٨٨]، وقوله سبحانه «مَنْ

---

(٤٨٧) أبو الفتح الشهرستاني ص ١٢.

(٤٨٨) سورة الكهف الآية ٢٩.

عَمِلَ صَالِحاً فَلِنَفْسِهِ وَمَنْ أَسَاء فَعَلَيْهَا»[٤٨٩]، وقوله عز وجل «قَدْ أَفْلَحَ مَن زَكَّاهَا وَقَدْ خَابَ مَن دَسَّاهَا»[٤٩٠]، وقوله تعالى «إِنَّا هَدَيْنَاهُ السَّبِيلَ إِمَّا شَاكِراً وَإِمَّا كَفُوراً»[٤٩١]

٦٤٥ – قيود حرية الاختيار:

إذا كان أساس مذهب حرية الاختيار هو تمتع المكلف بإرادة حرة واعية يصنع بها فعله، وكان في قدرته ألا يفعله، فإنه لم يكن من المقبول أن تنسب إلى الإنسان حرية اختيار مطلقة، إذ لم يمنح الإنسان سيطرة مطلقة على ظواهر الكون، بل لم يمنح سيطرة كاملة على نفسه، فثمة عوامل لا سيطرة له عليها، إذ هي لازمة عن طبيعة الظواهر الخارجية، أو عن طبيعة النفس البشرية، ولبعضها تأثير لازم على أفعال الإنسان: فقد يقع المكلف تحت تأثير عوامل يقوم بها الإكراه أو الضرورة التي تجعله ينقاد إلى فعل معين، وهو بالإضافة إلى ذلك – حسب تكوينه النفسي – يخضع لغرائز قد تملي عليه تصرفاً معيناً أو يخضع لسلطان عواطف أو انفعالات غالبة لا تدع له مجالاً غير مجال محدود من الاختيار فينقاد تحت تأثير هذه العوامل النفسية إلى تصرف معين. وبالإضافة إلى ذلك، فإن إنتاج الفعل الإنساني آثاراً معينة يخضع لقوانين طبيعية لا يملك المكلف سيطرة عليها، وقد ينتج الفعل آثاراً لم ترد بخاطر مرتكبه، ومن ثم لا يمكن القول في وضوح بأنها ثمرة إرادة مرتكب الفعل، ويوضح أنصار المذهب هذه الفكرة بالمثال التالي: إذا ألقى شخص حجراً في اتجاه معين وبقوة دفع معينة، فإن هذا الحجر قد لا يصيب أحداً، وقد يصيب شخصاً واحداً، وقد يصيب أشخاصاً متعددين، وإذا أصاب شخصاً واحداً أو أكثر فقد تكون الإصابة يسيرة لا تحدث غير أذى بدني يسير، وقد تحدث إصابة جسيمة، وقد تفضي إلى الموت. في هذا المثال إذا قلنا بأن فعل إلقاء الحجر يصدر عن حرية الإرادة، فإن تحديد الآثار المترتبة على إلقائه يخضع لقوانين طبيعية لا يملك ملقي الحجر سيطرة عليها. ويفسرون ذلك بالقول بأن المرء قد وجه الحجر في اتجاه اختاره، أما الحجر ذاته فيسير وفقاً لقوانين الحركة الثابتة التي يخضع لها. ويقول في ذلك الإمام أبو الفتح الشهرستاني "أن كل ما جاوز حد القدرة على الفعل فهو من

---

[١] سورة فصلت، الآية ٤٦.
[٢] سورة الشمس، الآيتان ٩ ، ١٠.
[٣] سورة الإنسان، الآية ٣.

فعل الله تعالى بإيجاب الخلق، أي أن الله تعالى طبع الحجر طبعاً، وخلقه خلقاً، إذا دفعته اندفع، وإذا بلغت قوة الدفع مبلغها، عاد الحجر إلى مكانه طبعاً".[٤٩٢] ويطلق أئمة المعتزلة على آثار الفعل التي لم تتجه إليها إرادة الفاعل، وقد لا تكون وردت على علمه تعبير "الأفعال المتولدة".

ونرى أن هذه القيود لا تتعارض مع مذهب "حرية الاختيار": ذلك أنه من غير المعقول أن تكون للمكلف حرية مطلقة فيما يأتيه من أفعال وما يترتب على هذه الأفعال من آثار، فالإنسان كائن محدود القدرات، وهو يخضع لسيطرة عوامل بعضها مادي خارجي وبعضها نفسي داخلي، ومنها عوامل اجتماعية تنشأ عن اجتماع الناس في مكان وتبادلهم التأثير، وإنما قد يقتصر تأثير هذه القيود على أهلية العقوبة، فقد تؤدي إلى نفيها أو التقييد منها، ونفصل ذلك على الوجه التالي:

إذا خضع المكلف لتأثير عامل طبيعي أو إنساني قام به الإكراه الملجئ أو الضرورة الملجئة، انتفت أهلية المسئولية والعقوبة، ولا يعني ذلك وضع قاعدة عامة تنال من مبدأ حرية الاختيار كمبدأ عام تقوم عليه الأهلية والمسئولية، إذ تمثل حالات الإكراه والضرورة الملجئة «حالات استثنائية»، وإذا توافرت كان مؤدى ذلك انتفاء أهلية المسئولية والعقوبة لمن خضع لها، دون أن يعني ذلك انتفاء هذه الحرية لدى الناس كافة.

أما تأثير الغرائز أو العواطف أو الانفعالات الجامحة، فالأصل أنها لا تنفي حرية الاختيار: فالشارع قرر التكليف واضعاً في اعتباره تأثيرها، وملزماً المكلف بمقاومة تأثيرها، وتغليب العقل والمصلحة عليها، ومع ذلك فإنه إذا كان من تأثيرها النيل من حرية الاختيار تعين أن يكون لذلك تقرير أحكام خاصة بالأهلية والمسئولية.

وفي النهاية، فإن المسئولية عن "الأفعال المتولدة"، وهي في حقيقتها ليست أفعالاً ولكنها آثار لأفعال صدرت عن حرية اختيار. والأصل أن هذه الآثار قد توقعها مرتكب الفعل أو كان في استطاعته ومن واجبه توقعها، وقد تكون هذه الظروف في بعض الفروض غير متوقعة. وبناء على ذلك فهي – باعتبارها آثاراً لفعل وليست أفعالاً مستقلة – يعتمد المسئولون عنها على توافر علاقة السببية بينها وبين الفعل الذي صدر عن حرية اختيار، ثم توافر القصد (في صورته المباشرة أو الاحتمالية) أو توافر الخطأ غير العمدي لدى المكلف.

---

(٤٩٢) أبو الفتح الشهرستاني ص ٢٥.

المطلب الثاني
مذهب الجبرية

٦٤٧ – مضمون مذهب الجبرية:

مضمون هذا المذهب هو القول بأن أفعال المكلف مقدرة عليه، ولا خيار له في إتيانها أو الإحجام عنها. وقد يعبر عن هذا المذهب في صيغة أبلغ في دلالتها بالقول إن الفعل لا ينسب إلى العبد، وإنما ينسب إلى الله تعالى. فالله عز وجل خلق الإنسان وخلق معه أفعاله، وقدرها عليه سلفاً، وسخر في سبيل ذلك قوانين الطبيعة لكي تهيئ له وسائل إتيانها. وإذا نسب الفعل إلى العبد، فإنما يكون ذلك على سبيل المجاز البحت، إذ الحقيقة أن الفعل منسوب إلى الله تعالى. وإذا كان المكلف مجبراً على فعله، فهو مجبر على حمل تبعته كذلك، ويخلص هذا المذهب إلى جبرية التبعة والعقوبة: فكما أن الفعل مقدر على المكلف، فكذلك تكون التبعة مقدرة عليه.

ويقول الإمام أبو الفتح الشهرستاني، في توضيح الفكرة الأساسية في هذا المذهب «إن الإنسان لا يقدر على شيء، ولا يوصف بالاستطاعة، وإنما هو مجبر على أفعاله، ولا قدرة له، ولا إرادة، ولا اختيار. وإنما يخلق الله تعالى فيه على حسب ما يخلق في سائر الجمادات، وتنسب إليه الأفعال مجازاً كما تنسب إلى الجمادات، كما يقال أثمرت الشجرة، وجرى الماء، وتحرك الحجر، وطلعت الشمس وغربت، وأمطرت السماء، واهتزت الأرض وأنبتت، إلى غير ذلك. والثواب والعقاب جبر، كما أن الأفعال كلها جبر. وإذا ثبت الجبر فالتكليف أيضاً كان جبراً.

٦٤٨ – سند هذا المذهب من آيات القرآن الكريم:

يستند هذا المذهب إلى آيات من الذكر الحكيم، منها قوله سبحانه وتعالى «إِنَّا كُلَّ شَيْءٍ خَلَقْنَاهُ بِقَدَرٍ»[٤٩٣]، وقوله عز وجل «قُل لَّن يُصِيبَنَا إِلاَّ مَا كَتَبَ اللَّهُ لَنَا»[٤٩٤]، وقوله سبحانه وتعالى «وَرَبُّكَ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ وَيَخْتَارُ مَا كَانَ لَهُمُ

---

[٤٩٣] سورة القمر، الآية ٤٩.

[٢] سورة التوبة، الآية ٥١.

الْخِيَرَةُ»(٤٩٥)، وقوله جل شأنه «مَا أَصَابَ مِن مُّصِيبَةٍ فِي الأَرْضِ وَلا فِي أَنفُسِكُمْ إِلاَّ فِي كِتَابٍ مِّن قَبْلِ
أَن نَّبْرَأَهَا إِنَّ ذَلِكَ عَلَى اللَّهِ يَسِيرٌ»(٤٩٦).

ويستنتج أنصار هذا المذهب من تفسير الآيات السابقة حجتين يدعمون بهما مذهبهم: **الأولى:** خلق الله تعالى للعباد ولأفعالهم، **والثانية:** سبق علم الله تعالى بأفعال العباد، وتسخيره القوانين والقوى الطبيعية لجعلهم يأتونها.

٦٤٩ – نقد مذهب الجبرية:

يعيب مذهب الجبرية – من حيث المنطق – أن تقرير مساواة كاملة بين الإنسان والجمادات، وإنكار الفعل على الإنسان هو تجاهل للفرق بين الإنسان من ناحية وبين الحيوانات والجمادات. ومن ناحية أخرى فيه تجاهل لتمييز الله تعالى الإنسان على سائر مخلوقاته بالعقل والتمييز، مما يقتضي أن تنسب إليه أفعاله خلافاً لسائر الكائنات التي يستحيل في شأنها ذلك، لانتفاء التمييز لديها وتصرفاتها وفق غرائزها وقوانين السببية الطبيعية. ويضاف إلى ذلك أن القول بجبرية الفعل ثم القول بجبرية تحمل التبعية والخضوع للعقوبة ينطوي على تناقض: فإذا كان الإنسان مجبراً على فعله، فما سند خضوعه لعقوبة لم يكن لإرادته دخل في تحقيق سببها؛ وهو ارتكابه الفعل الذي نهى عنه الشارع. فإذا تساوى الإنسان والجمادات في انتفاء الحرية لزم من حيث المنطق تساويهما في انتفاء حمل التبعة والعقوبة. وبالإضافة إلى ذلك، فإن نفي الفعل عن المكلف يدخل الاضطراب على نظرية الجريمة والمسئولية، فإذا لم يكن فعل فلا جريمة لأن الفعل هو جوهر ركنها المادي، وهو المصدر لما يترتب عليها من ضرر أو خطر ينال المجتمع ويبرر العقاب. ويضاف إلى ما تقدم أن تحميل المكلف تبعة ما لم يكن له خيار فيه ينطوي على إهدار لمبدأ العدالة، وهو من أهم المبادئ التي تقوم عليها أحكام الشريعة الإسلامية.

ويقول الإمام أبو حامد الغزالي في نقد مذهب الجبرية «إن الجبريين اعتمدوا على القضاء ورأوا الخير والشر من الله، ولم يروا من أنفسهم فعلاً كما لم يروا من الجمادات، وقد أرادوا بذلك تنزيه الله سبحانه عن العجز، فضلوا إذ نسبوا الظلم إليه سبحانه، وأضلوا سفهاءهم فكانوا يعصون الله وينسبون ذلك إليه

---

(٣) سورة القصص، الآية ٦٨.

(١) سورة الحديد، الآية ٢٢.

(٢) سورة الأعراف، الآية ١٦.

سبحانه، ويبرئون أنفسهم عن الدم واللوم، فكانوا بذلك كالشيطان إذ قال كما حكى القرآن الكريم «قَالَ فَبِمَا أَغْوَيْتَنِي لأَقْعُدَنَّ لَهُمْ صِرَاطَكَ الْمُسْتَقِيمَ».(٤٩٧)

ويناقض مذهب الجبرية آيات من القرآن الكريم، منها قوله تعالى «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لا تَفْعَلُونَ»(٤٩٨)، وقوله عز وجل «جَزَاء بِمَا كَانُوا يَعْمَلُونَ»(٤٩٩)، وقوله جل شأنه «الَّذِينَ آمَنُواْ وَعَمِلُواْ الصَّالِحَاتِ».(٥٠٠)

ويقول الإمام ابن حزم إن الحس واللغة يقطعان ببطلان مذهب الجبرية: فمن حيث الحس، فإن العقل والعلم يقطعان بأن الإنسان صحيح الجوارح يختلف عن غيره ممن لا صحة بجوارحه: فالأول يفعل القيام والقعود وسائر الحركات مختاراً لها دون مانع، بعكس الثاني فإنه لو أراد جهده أن يفعل لم يفعل ذلك أصلاً. ومن حيث اللغة، فإنها تفيد بأن المجبر هو الذي يقع منه الفعل بخلاف اختياره وقصده، أما من وقع فعله باختياره وقصده فلا يسمى في اللغة مجبراً.(٥٠١)

المطلب الثالث
المذهب الوسطي بين حرية الاختيار والجبرية
مذهب الأشاعرة

٦٥٠ – مضمون مذهب الأشاعرة:

ينسب هذا المذهب إلى أبي الحسن على بن إسماعيل بن أبي بشر الأشعري، وكان في البداية ينتمي إلى مذهب المعتزلة، أي يتبنى مبدأ «حرية

---

(١) سورة الصف، الآية ٢.

(٢) سورة الواقعة، الآية ٢٤. (٣) سورة الرعد، الآية ٢٩.

(٤) الفصل في الملل والأهواء والنحل، ١٣٢١هـ، جـ٣، ص٢٣.

ويضيف إلى ذلك الإمام ابن حزم في نقد مذهب الجبرية ما يلي: إن الإجماع منعقد على قول «لا حول ولا قوة إلا بالله»، وهذا القول يدل على أن لنا حولاً وقوة، وإن لم يكن ذلك إلا بالله سبحانه وتعالى. وقد أثنى الله على قوم دعوه فقالوا «ولا تحملنا ما لا طاقة لنا به»، الآية الأخيرة من سورة البقرة. ويعني ذلك أن القوم الذين دعوا هذا الدعاء قد كلفوا شيئاً من الطاعات والأعمال واجتناب المعاصي، فلولا أن هاهنا أشياء لهم بها طاقة، لكان هذا الدعاء حمقاً، إذ يكونوا بذلك داعين الله عز وجل ألا يكلفهم ما لا طاقة لهم، وهم لا طاقة لهم بشيء، فيكون دعاؤهم أن لا يكلفوا ما قد كلفوا، وهذا محال، والله تعالى لا يثني على المحال، فصح بهذا أن هاهنا طاقة وقدرة موجودة على الأفعال.

الاختيار»، ولكنه في مواجهة الانتقادات التي وجهت إلى هذا المذهب، وحرصاً في الوقت ذاته على تفادي الانتقادات التي وجهت إلى مذهب الجبرية، قال بمذهب وسطي بين هذين المذهبين. وقد أرسي أسس مذهبه برفض أن يكون الإنسان خالقاً لأفعاله، إذ يحدث الفعل بقدرة الله تعالي، وفي الوقت ذاته قرر أن للإنسان قدرة على كسب أفعاله بحيث يكون مسئولاً عنها. والشطر الأول من المذهب قوامه تأكيد إطلاق الفعالية الإلهية، والحجة في ذلك أن القدرة والعلم والإرادة صفات ذات الله تعالى، وهي قديمة ومطلقة، ومن أجل ذلك ينسب كل شيء في الكون لله تعالى، ويقتضي ذلك رفض أن يكون لغير الله تعالى فعالية في هذا الكون: فكما أن الله تعالى وحده هو خالق الكون، لا شريك له في ذلك، فإن الفعالية فيه إنما تكون له سبحانه كذلك، لا شريك له من البشر في ذلك. وهذا الشطر من المذهب هو تبن لمذهب الجبرية. ولكن هذه الفعالية المطلقة لله سبحانه وتعالى لا تنفي الاستطاعة الإنسانية في حدود ، بحيث لا تستقل عن الفعالية الإلهية المطلقة، وبيان ذلك أن الله تعالى – حين يرى العبد عازماً مصمماً على إتيان فعل، فإنه يخلق له الفعل ويمده في الوقت ذلك بالاستطاعة التي يقتصر دورها على اكتساب هذا الفعل الذي يخلقه الله للعبد في حالة اختياره وتصميمه عليه، وليس في إحداثه من عدم وخلقه. وعلى هذا النحو، فإن الفعالية والقدرة هما لله وحده، ومن ثم كان الفعل من خلقه، والتصميم والعزم هما للعبد. فإذا عزم العبد على فعل خلقه الله تعالى له وأمده باستطاعة إتيانه.

٦٥١ – نقد مذهب الأشاعرة:

لم يوفق هذا المذهب في وضع نظرية تتوسط بين الفاعلية الإلهية المطلقة، وما يترتب عليها من اعتبار الفعل من خلق الله تعالى، وبين حرية الاختيار وما يترتب عليها من نسبة الفعل للإنسان، ذلك أنه يقوم على الجمع بين قضيتين يصعب – إن لم يستحل – التوفيق بينهما. وبالإضافة إلى ذلك، فإن ما يقرره من محاولة ذلك التوفيق إلى أن العبد يصمم ويعزم، وينتهي دوره عند ذلك، وأن الله تعالى يمده بوسيلة تحقيق تصميمه وإتيان الفعل، يعني أن العبد يحاسب لمجرد العزم والتصميم، وهو ما يخالف المبادئ المستقرة في الفقه الإسلامي، إن مجرد العزم والتصميم لا عقاب عليهما، وأن مرحلة العقاب تبدأ بدخول نشاط المكلف في المرحلة التنفيذية للجريمة. وهو ما عبر عنه حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله «إن الله تعالى تجاوز لأمتي عما حدثت به نفسها ما لم تعمل أو

تتكلم». ومن حيث المنطق، فإن القول بأن الله تعالى هو خالق الوسيلة إلى تحقيق عزم المكلف وتصميمه، وأنه بناء على ذلك هو خالق الماديات التي يقوم بها الفعل يعني أن الفعل لله وحده، وهو ما يقود إلى ذات ما يقول به أنصار مذهب الجبرية.

وقد حاول بعض أنصار مذهب الأشاعرة الرد على هذا النقد، فقال الإمام الباقلاني إن الله تعالى هو الخالق لأفعال العباد، وأن قدرة العبد حادثة لا توجد شيئاً، ولكنها تخصص هذا الوجود. ومن ثم فإن فعل العبد يقع بالقدرة الحادثة، أي بالكسب. وهذه المحاولة – في تقديرنا – لم تفلح في التوفيق بين المذهبين: ذلك أن القول بأن الله تعالى هو الخالق لأفعال العباد هو ذات ما يقول به أنصار الجبرية، وإذا أضيف إلى ذلك أن للعبد قدرة حادثة لا توجد شيئاً تأكيد للجبرية، إذ قدرة العبد ليس من شأنها خلق الفعل، وإنما هي مجرد تخصيص للقدرة الإلهية لا يعني أن الفعل من خلق الإنسان أو أن له نصيباً في حدوثه، ومن ثم لم يكن ذلك الفعل ثمرة حرية اختيار.

وقد خطا الإمام الجويني خطوة ابعد في محاولة ذلك التوفيق بين حرية الاختيار والجبرية، فقال إن للعبد قدرة حقيقية، وهذه القدرة هبة من الله تعالى، وهي محدودة في حدود إتيان الفعل، فهي تبدأ بالفعل وتصاحبه وتنتهي بانتهائه. وهذه القدرة البشرية هي فرع عن الفعالية الإلهية، ومن ثم كانت غير مستقلة عنها، ذلك أنها ثمرة سلسلة من العلل والمعلولات، أي الأسباب والمسببات حتى تنتسب في نقطة بدايتها إلى «القدرة الإلهية»، باعتبار سيطرتها الشاملة على جميع ظواهر الكون. وهذه المحاولة – على الرغم مما تنطوي عليه من عمق التحليل – لا تمثل توفيقاً مقنعاً بين حرية الاختيار والجبرية، ذلك أن القدرة البشرية تنحصر في الفعل، وهي ثمرة تسلسل سببي لا سيطرة للعبد عليه وأن نقطة بدايتها هي القدرة الإلهية التي تسيطر سيطرة شاملة على جميع ظواهر الكون، ومن بينها جميع الأفعال البشرية.

٦٥٢ – ترجيح مذهب حرية الاختيار:

نرى استناداً إلى المبادئ التي تحكم نظرية «حمل التبعة» في الفقه الإسلامي ترجيح مذهب حرية الاختيار، وسندنا في ذلك نصوص القرآن الكريم التي قدمها أنصار هذا المذهب، إذ هي قاطعة في الاعتراف للمكلف بحرية

اختياره بين الخير والشر، وفي تعبير أدق بين السلوك المصرح به شرعاً والمنهي عنه شرعاً وتقرير أن هذه الحرية هي علة مساءلته إن سلك السلوك المنهي عنه، وعلة إنزال الجزاء المقدر له. وليست النصوص التي قدمها أنصار مذهب الجبرية لتدعيم مذهبهم قاطعة في دعم آرائهم.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن اعتبار حرية الاختيار أساساً لحمل التبعة هو ما يتفق مع العدل الإلهي والعدل البشري الذي أمر به الله تعالى، واعتبره جوهر الأحكام الشرعية، والمبرر الشرعي لتوقيع الجزاء على مرتكب الفعل المنهي عنه: فالمكلف كان أمامه الطريقان: الطريق المتفق مع أوامر الشارع ونواهيه، والطريق المخالف لهذه الأوامر والنواهي، وكان في استطاعته سلوك أحد هذين الطريقين، فإذا اختار الطريق الثاني، والغالب أن يكون ذلك استجابة لدوافع غير شريفة، كان عدلاً أن يتحمل عبء ذلك الاختيار. أما إذا كان سلوك هذا الطريق مفروضاً عليه، وكان لا يستطيع بناء على ذلك اختيار الطريق المتفق مع أوامر الشارع ونواهيه، فهو معذور في هذا السلوك، وأي شخص محله كان يسلك مثل هذا السلوك، فإن تحميل جزاء ما كان مجبراً عليه لا يتفق مع العدالة. ويضاف إلى ما تقدم أن حرية الاختيار هي فكرة يمليها التفكير السليم والرأي العام الذي يسود في المجتمع، فكل شخص لديه شعور بأنه حر في أن يسلك المسلك الذي يختاره. وتمثل هذه الأفكار رأياً عاماً في المجتمع، وليس من المصلحة تجاهله، بل الأجدر الاعتراف به، إذ من شأن شعور المواطن بحريته أن يجعله يرى أن سلوك الطريق المخالف لأوامر الشارع ونواهيه هو أمر لا يتفق مع كرامته، ولا يتفق كذلك مع عبوديته لله تعالى وحرصه على مرضاته، والتماس فضله في الدنيا والآخرة، والبعد عن السلوك الذي يغضبه، وهذه العقيدة العامة موجودة لدى المسلم العادي وتمثل حقيقة اجتماعية في المجتمع الإسلامي، وهي حقيقة تفرض نفسها على التفكير المعتاد.

ولا تعارض البتة بين حرية الاختيار وفعالية الإرادة الإلهية التي يرد إليها كل ما يحدث في الكون من ظواهر، وكل ما يصدر عن العباد من أفعال: فالله تعالى خلق الكون، وخلق العباد، وركب في كل إنسان العقل الذي يهديه في حياته، والضمير الذي يجعله يميز بين الخير والشر، ويميل بطبعه إلى الخير، وقد خلق الله تعالى أنواع السلوك التي يستطيع المكلف أن يختار من بينها ما يمليه عليه عقله ويطمئن إليه ضميره. وإذا كان الله تعالى هو خالق العقل، وخالق الضمير، وخالق

أنواع السلوك التي يستطيع المكلف أن يختار من بينها، فهذا القدر يكفي لاعتبار المكلف حراً في اختياره، ومن ثم مسئولاً عن تصرفه، ومستحقاً لجزائه خيراً أو شراً. ولا جدال في أن الله تعالى – بحكم علمه الإلهي غير المحدود، فقد وسع سبحانه كل شيء علماً، فهو يعلم مقدماً كيف يتصرف المكلف في انتهاجه مسلكاً معيناً، أزلياً سبق خلق المكلف، بل وعاصر خلق الكون، وكان الله سبحانه هو خالق العقل والضمير لدى كل إنسان، وخالق أنواع السلوك التي يستطيع المكلف أن يختار من بينها المسلك الذي يرتضيه، فإن هذا العلم الأزلي اللامحدود، وهذه القدرة الإلهية المطلقة، لا تتعارض مع قدر من حرية الاختيار، كفله سبحانه للمكلف، وهذا القدر يكفي شرعاً لتقرير مسئوليته عن سلوكه.

ونضيف إلى ما تقدم أن حرية المكلف في الاختيار، ليست مطلقة، ولا يمكن أن تكون كذلك: فالقدر المحدود من العلم وصحوة الضمير والمقدرة على التصرف تضع لحرية الاختيار حدوداً. وينبني على ذلك أنه طالما بقيت حرية الاختيار في الحدود المعتادة، فإن هذه الحرية تظل قائمة وتصلح أساساً لحمل تبعة الفعل، أما إذا ضاقت أكثر من ذلك، فإن التبعة تنقص أو تنعدم حسب درجة الضيق الذي عرض لحرية الاختيار. ويخلص من ذلك أنه طالما كانت حرية الاختيار يعرض لها الانعدام أو النقص إذا عرضت لها قيود من شأنها ذلك، فإن انتفاء هذه القيود، وبقاء حرية الاختيار في صورتها المعتادة يجعلها أساساً صالحاً لحمل تبعة الفعل. وفي ذلك تأكيد على أن حرية الاختيار في نطاقها الطبيعي هي أساس حمل تبعة الفعل. يؤيد ذلك أن قول الله تعالى «لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا»[٥٠٢]، يعني أن ما كان في وسع العبد فهو يكلف به، وما جاوز وسع العبد فلا تكليف به، ووسع العبد، أي استطاعته هو ذات ما تعنيه حرية الاختيار، وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»، يعني أن الإكراه ينفي التبعة، لأنه ينفي حرية الاختيار. ويستنتج من ذلك أنه إذا لم يعرض الإكراه أو ما يعادله، فبقيت للعبد حرية اختياره فإن التبعة عن الفعل تظل قائمة في كل نطاقها، ويساند ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم «رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق» فهو يفيد أن شرط حمل التبعة هو توافر التمييز والوعي لدى المكلف، ويتصل ذلك بحرية الاختيار كشرط لحمل التبعة: ذلك أن شرط حرية الاختيار، أي

---

[٥٠٢] سورة البقرة، الآية ٢٨٦.

شرط حرية الإرادة، لأن الاختيار ينسب إلى الإرادة، هو أن تكون إرادة يعتد بها شرعاً، وشرط الاعتداد بها أن تكون مميزة، فإذا انتفى التمييز عنها لسبب من الأسباب الثلاثة التي وردت في الحديث الشريف، لم تعد صالحة لأن تنسب إليها الحرية، فانتفت التبعة لزوال الحرية استناداً إلى زوال التمييز. ويضاف إلى ذلك أن الفقهاء قرروا أنه إذا زالت حرية الاختيار أو نقصت لعوامل خارجة عن شخص المكلف، وإنما كان مرجعها إلى البيئة، فإن مسئولية المكلف تنتفي بناء على ذلك.

وقد ذكر الإمام محمد أبو زهرة تأكيداً لذلك «أن الحنابلة قد أفتوا تابعين للإمام عمر رضي الله عنه بأنه لا يقام حد السرقة في المجاعة، فإنه قد منع إقامة حد السرقة في عام الرمادة، إذ كانت مجاعة شديدة وحدث أن غلمان حاطب بن أبي بلتعة قد سرقوا ناقة ونحروها وأكلوها، فلم يقم عليهم عمر الحد، وغرم حاطباً ضعف ثمنها، وقال في ذلك «أعلم أن حاطباً يجيع غلمانه» فكانت هذه السرقة للجوع الشديد، وكانت دعوى الجوع مظنة التصديق لهذه المجاعة. وقد رد الإمام أبو زهرة دعوى من قالوا أن عمراً رضي الله عنه أسقط الحد برأيه واجتهاده، وقد أخطئوا في ذلك فإنه ما أسقط حداً قد ثبت، ولكنه لم يحكم به، لأنه ثبت أن الفعل لم يكن باختيارهم، فسقطت التبعة لهذا الإكراه. وأشار كذلك إلى أن الفقهاء قرروا أنه لو كان اثنان في صحراء أو في سفر مطلقاً، وقد نفذ من أحدهما زاده أو ماؤه والآخر معه فضل من الزاد أو الماء، ولكنه منعه من صاحبه، فإن الآخر له أن يأخذ بالقوة ما يدفع ضرورته، ولو قاتل زميله فقتله فلا شيء عليه حتى الدية، واستشهد في ذلك بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «من كان معه فضل زاد فليعد به على من لا زاد له، ومن كان معه فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر له».

وقد قال الشاطبي في بيان أن هذا الحكم ملائم لمقاصد الشريعة: «هذا ملائم لتصرفات الشرع، وإن لم ينص على عينه، فإنه قد أجاز للمضطر أكل الميتة والدم ولحم الخنزير وغير ذلك من الخبائث».

ويدفعنا ذلك إلى استطراد لازم، هو بيان فضل علماء المسلمين في استظهار تأثير «البيئة» على الظاهرة الإجرامية، وعلى الجزاء المقرر لها.

٦٥٣- فضل علماء المسلمين في استظهار تأثير البيئة على الظاهرة الإجرامية:

ثبت فيما تقدم أن الفقهاء قد تناولوا تأثير البيئة على الظاهرة الإجرامية فقرروا أنه إذا بلغ تأثير البيئة حد الإلجاء إلى الفعل امتنعت التبعة والعقوبة عنه، ويترتب على

ذلك بالضرورة أنه إذا لم يبلغ تأثير البيئة هذا الحد، ولكنه كان عاملاً في الدفع إلى الجريمة، فإن من شأنه تخفيف التبعة. ومؤدى ذلك أن البيئة قد تكون عاملاً إجرامياً، يتعين الاعتداد به في تفسير الظاهرة الإجرامية، ومكافحتها عن طريق الحد من تأثير العوامل البيئية الدافعة لها. ويعني ذلك أنهم اكتشفوا «علم الاجتماع الجنائي»، وكانوا سابقين في ذلك على الاكتشاف الحديث لهذا العلم في أواسط القرن التاسع عشر الميلادي على يد العالم الإيطالي «انريكو فيري». ومعلوم أن «علم الاجتماع الجنائي» هو قسم أساسي من «علم الإجرام»، إذ يقوم هذا العلم على دراسة عوامل الظاهرة الإجرامية في قسميها: العوامل الفردية أو الشخصية الراجعة إلى التكوين العضوي والنفسي للمجرم، والعوامل الخارجية الراجعة إلى تأثير البيئة. ويعني ذلك أن علماء المسلمين كان لهم فضل السبق في التنبيه إلى نشوء علم حديث هو «علم الاجتماع الجنائي». ويضاف ذلك إلى فضلهم في الكشف عن «علم الاجتماع العام» على يد العلامة ابن خلدون، الذي سبق في كشفه بقرون أوجست كونت وديركايم اللذين ينسب إليهما اكتشاف هذا العلم.

المبحث الثاني
حرية الاختيار والجبرية في السياسة الجنائية الحديثة

٦٥٤ – تمهيد:

عرفت السياسة الجنائية الحديثة ذات الخلاف الذي شهده الفقه الإسلامي بين مذهبي حرية الاختيار والجبرية، وجرت بحوث استهدفت التوفيق بين المذهبين. وقد كانت الغلبة في التشريعات الحديثة والفقه الحديث لمذهب حرية الاختيار، وإن أجمع أنصار هذا المذهب على أن هذه الحرية ليست مطلقة، وإنما هي مقيدة في حدود تفرضها الطبيعة البشرية أو العوامل البيئية.

٦٥٥ – مذهب حرية الاختيار:

تعني حرية الاختيار المقدرة على المفاضلة بين البواعث المختلفة، ثم توجيه الإرادة وفقاً لأحد هذه البواعث أو بعضها: فهي من ثم قدرة الجاني على

سلوك الطريق المطابق للقانون وال٧طريق المخالف للقانون، وتفضيله هذا الأخير.

وتقاس هذه القدرة «باستطاعة مقاومة الدوافع التي تغري بسلوك سبيل الجريمة»، فإذا توافرت هذه الاستطاعة لدى الجاني، ولكنه شاء ألا يستعملها، فانقاد إلى هذه الدوافع فهو حر ومسئول، وبمقدار ما تنقص هذه الاستطاعة يقل نصيب الشخص من حرية الاختيار، ويقل تبعاً لذلك حظه من المسئولية.

وحجة هذا المذهب أن حرية الاختيار هي الأساس الوحيد المتصور للمسئولية: ذلك أن المسئولية في جوهرها هي لوم من أجل سلوك مخالف للقانون؛ وترتيب الأثر الاجتماعي على اللوم. ولا محل لهذا اللوم إلا إذا كان في الاستطاعة سلوك آخر؛ أما إذا كان السلوك المخالف للقانون مفروضاً، فالمسئولية ليس لها محل، لأن اللوم الاجتماعي ليس له محل. ولحرية الاختيار سندها في ضمير كل شخص عادي، إذ يشعر بمقدرته على المفاضلة بين البواعث المختلفة، ويشعر بتحرره من العوامل التي تلجئه إلى سلوك بعينه. وهذا الشعور يستند إلى الخبرة الإنسانية العامة، ويستمد منها ما يثبت صحـــته. وتمثل حرية الاختيار إحدى العقائد التي تسود في المجتمع، وتسيطر على تفكير الناس، وتحدد حكمهم على المجرم، ويتعين أن يكون القانون تعبيراً عن هذه العقيدة وصدى لهذا الحكم.

ومذهب حرية الاختيار هو الذي يتفق مع الوظيفة الاجتماعية للعقوبة" فإذا كان غرض العقوبة هو إرضاء العدالة وتحقيق الردع، فإن العدالة لا تتحقق إلا إذا نزل الجزاء بمن يستحقه لأن مسلكه محل لوم. والردع لا يتصور إلا بالنسبة لشخص يسيطر على تصرفاته، ويستطيع إلزام نفسه بالسلوك المطابق للقانون.

ويمثل هذا المذهب الرأي التقليدي في السياسة الجنائية، وهو أقدم مذاهبها وما زال يمثل المذهب السائد فيها، مع ملاحظة أن حرية الاختيار لا يمكن أن تكون مطلقة، إذ ترد عليها قيود بضعها مستمد من ظروف شخصية للجاني وبعضها يرجع إلى البيئة الخارجية التي يعيش فيها ويتأثر بها. والأصل أن هذه القيود طالما بقيت في الحدود المعتادة التي تقرها الخبرة الإنسانية، ويغلب أن تتوافر لدى أغلب الناس، فهي لا تنفي الصلاحية للمسئولية، وإن كانت تدخل كمعايير لتخفيف هذه المسئولية استناداً إلى نصوص القانون، أو في نطاق

استعمال القاضي سلطته التقديرية التي أقرها القانون. أما إذا جاوزت هذه الحدود، فهي تنفي المسئولية ويقوم بها ما اصطلح على التعبير عنه «بموانع المسئولية الجنائية».

٦٥٦ – مذهب الجبرية:

هذا المذهب أحدث عهداً في السياسة الجنائية، إذ لم يعرف إلا في أواسط القرن التاسع عشر. ويرجع إلى جهود المدرسة الوضعية، والفضل في نشوئها وتدعيمها والدفاع عنها في مواجهة الفقه التقليدي هو للعلماء الإيطاليين لومبروزو وفيري وجاروفالو.

ويمثل هذا المذهب – في فلسفته – محاولة لتطبيق قوانين السببية الحتمية على التصرفات الإنسانية، وهو مرتبط بالتقدم الذي أحرزته العلوم الطبيعية، وهي علوم الطبيعة والكيمياء والبيولوجيا والفسيولوجيا وعلم النفس والعلوم الطبية وعلم الاجتماع، وكان من أثر هذا التقدم الكشف عن وجود قوانين تحكم ظواهر الكون على نحو لازم؛ بل إن هذه القوانين ضرورة منطقية، إذ لا يتصور العقل أن تكون بعض الظواهر غير ذات أسباب مؤدية إليها حتماً؛ ثم إن البحث العلمي يعتمد في كل خطواته على وجود هذه القوانين ويجتهد في الكشف عنها.

وقد ذهب أنصار مذهب الجبرية إلى القول بأن الأفعال الإنسانية – باعتبارها ظواهر طبيعية نفسية – خاضعة لهذه القوانين، فهي على هذا النحو نتيجة حتمية لأسباب مؤدية إليها، ومن غير الممكن القول بأن الجريمة لا سبب لها، أو أنها محض تصرف صادر عن مزاج عشوائي لا تفسير له.

وبناء على ذلك، فإن الجريمة ليست ثمرة لحرية الاختيار المطلقة، وإنما ثمرة نوعين من العوامل: عوامل داخلية ترجع إلى التكوين البدني والذهني والنفسي للجاني، وعوامل خارجية مصدرها البيئة التي يعيش فيها الجاني ويتأثر بها.

ويقول أنصار الجبرية إن «حرية الاختيار» ليس لها وجود علمي، وإنما هي وليدة الجهل بالأسباب الحقيقية للجريمة: فالقائلون بها يعرفون بعض هذه الأسباب دون البعض، وينسبون القدر الذي يجهلونه إلى إرادة الجاني.

وإذا نظرنا إلى المشكلة من الزاوية النفسية، لما كان صحيحاً القول بأن الجاني يفاضل بين البواعث المختلفة ويوجه إرادته وفقاً لأحدها، بل الحقيقة أنه يخضع للباعث الأقوى من بينها، وإرادته هي النتيجة الحتمية لهذا الباعث.

ويقود إنكار حرية الاختيار إلى إقامة المسئولية الجنائية على أساس اجتماعي، واعتبارها صورة من «المسئولية الاجتماعية»: فالجاني يسأل عن الجريمة لأنها تكشف عن خطورة كامنة في شخصه تهدد المجتمع، وللمجتمع أن يتخذ قبل الجاني من «تدابير الدفاع» ما يقي به نفسه من هذه الخطورة: فالجريمة مقدرة على مرتكبها، لأنها ثمرة عوامل لا سيطرة لإرادته عليها؛ وتدابير الاحتراز مقدرة على المجتمع لأنها ضرورة لحفظ كيانه. وأهم النتائج المترتبة على هذا التحديد لأساس المسئولية الجنائية أنه لا محل للقول بانتفائها إذا انعدمت حرية الاختيار. ويعني ذلك إنكار «موانع المسئولية»: فالمجنون – على سبيل المثال – مسئول قبل المجتمع عن الخطورة الكامنة في شخصيته. وما يميز بين العاقل والمجنون هو اختلاف في نوع التدبير الذي يتخذ قبل كل منهما، ولكنهما يشتركان في الأهلية للمسئولية الاجتماعية.

وتقود هذه الآراء إلى إحلال «التدبير الاحترازي» محل العقوبة، ولذلك يقول أنصارها بأن العقوبة نظام تاريخي استنفد دوره في العصور الماضية وأخص ما يتميز به التدبير أنه لا يتحدد وفقاً لجسامة ماديات الجريمة، ولا يتحدد كذلك تبعاً لحظ مرتكبها من الإمكانات الذهنية.

والحجج التي تدعم هذا المذهب عديدة: فحرية الاختيار لم يقم على وجودها دليل، وما قدمه أنصارها من حجج لا قيمة له، إذ لم يَعْدُ الإشارة إلى استقرارها في ضمير كل شخص، وسيطرتها على تفكير كل شخص، وليس ذلك دليلاً علمياً، فقد يكون الاعتقاد الشخصي أو الجماعي محض وهم. ويقرر أنصار الجبرية أن مذهبهم هو تطبيق لقوانين السببية على إحدى المشاكل التي تحكمها هذه القوانين. ووجود هذه القوانين ليس محل شك، فإنكارها على النحو الذي يستند إليه القائلون بحرية الاختيار يعني تجريد البحث في المسئولية الجنائية من الطابع العلمي، وإخضاعه في شق منه على الأقل للتحكم.

والقول بالجبرية يكفل البحث في أسباب الجريمة، تمهيداً لتحديدها وعلاجها وتوقي خطرها. أما القول بحرية الاختيار فمفضٍ إلى تجاهل بعض

هذه الأسباب بنسبتها إلى حرية الاختيار، وإهمال علاجها على النحو الذي تقتضيه مصلحة المجتمع. وفي النهاية، فإن مذهب الجبرية يكفل حماية المجتمع قبل عديمي التمييز وناقصيه، فلا يرى استثناءهم من تدابير الاحتراز، وإنما يقرر اتخاذ التدابير الملائمة إزاءهم، ولا خروج على المنطق في ذلك: فالحياة في المجتمع تستتبع المسئولية الاجتماعية، ولا قسوة في ذلك على عديمي التمييز وناقصيه، إذ التدابير التي تتخذ إزاءهم لا تستهدف إيلامهم، وإنما مجرد علاج الخطورة الكامنة في أشخاصهم.

ونرى قبل أن نعرض للتنسيق بين المذهبين أن نشير – في إيجاز – إلى العطاء الذي قدمته المدرسة الوضعية – التي قالت بالجبرية – إلى الدراسات الجنائية الحديثة، دون أن يعني ذلك إقرار مذهبها. لقد كان لهذه المدرسة فضل إرساء أسس «علم الإجرام الحديث»، فقد قالت بأن الجريمة هي ثمرة عوامل تقود إليها وفقاً لقوانين السببية، وبعض هذه العوامل – على ما تقدم – داخلي يرجع إلى التكوين البدني أو العقلي أو النفسي للمجرم وبعضها خارجي يرجع إلى البيئة. ودراسة هذه العوامل هي موضوع علم الإجرام. وتقضي هذه الأسباب، بالإضافة إلى أهميته العلمية البحتة، فإن له أهمية على صعيد التطبيق من حيث وضع سياسة لمكافحة الجريمة: ذلك أنه إذا عرفت هذه العوامل، ثم ووجهت وأبطل أو أضعف تأثيرها لكان من شأن ذلك مكافحة الإجرام، خاصة وأن مواجهة بعض هذه العوامل قد يأخذ صوراً من الإصلاح الاجتماعي، بما يقلل من تأثيرها الدافع إلى الجريمة، وهذا الإصلاح هو أساساً مسئولية الدولة والجمعيات ذات النفع العام المهتمة بالإصلاح الاجتماعي.

وهذه المدرسة يرجع إليها فضل الكشف عن «نظام التدابير الاحترازية» كجزاء جنائي بديل عن العقوبة في رأي الأوائل من دعاتها، أو نظام مساند للعقوبة يقف إلى جانبها ليوقع حيث لا يمكن توقيع العقوبة في صورتها المعتادة. وقد ارتبط بذلك صياغة نظرية التدابير، وأبرز معالمها: إخضاع هذه التدابير لمبدأ الشرعية، واشتراط تقريرها عن طريق القضاء، وإخضاعها أثناء تنفيذها لإشراف قضائي، وعدم تحديد مدتها سلفاً، وجعل انقضائها رهناً بزوال خطورة المحكوم به عن المجتمع، وإجازة توقيعها على عديمي الأهلية الجنائية وناقصيها، على أن يغلب عليها – إزاء هذه الفئة من المجرمين – الطابع

العلاجي وتأخذ التشريعات الحديثة بنظام التدابير الاحترازية، كنظام مواز أو بديل عن العقوبة.

ويرجع إلى المدرسة الوضعية الفضل في الكشف عن نظرية «الخطورة الإجرامية» التي تعني «احتمال إقدام مرتكب الجريمة على ارتكاب جريمة تالية» كسبب لإنزال التدبير الاحترازي، أو أحد معايير استعمال القاضي سلطته التقديرية في تحديد العقوبة بين حديها الأدنى والأقصى.

٦٥٧ – الترجيح بين المذهبين:

يقوم الترجيح بين المذهبين على أساس أن كلاً منهما ينطوي على جانب من الحقيقة، وكل منهما يعيبه التطرف في الرأي. والحقيقة وسط بينهما. فالإنسان يتمتع – في الظروف العادية – بحرية مقيدة، فثمة عوامل لا يملك سيطرة عليها، وهي توجهه على نحو لا خيار له فيه، ولكنها لا تصل إلى حد إملاء الفعل عليه، وإنما تترك له قدراً من الحرية يتصرف فيه، وهذا القدر كاف لكي تقوم المسئولية على أساس منه، فإن انتقص على نحو ملحوظ لم يكن للمسئولية محل، أو تعين الاعتراف بها في صورة مخففة.

والتوفيق بين المذهبين ممكن من حيث النتائج: فالمسئولية تقوم على أساس من حرية الاختيار، وهي تستتبع الجزاء في صورة العقوبة فإذا لم يكن لهذه المسئولية محل لأن مرتكب الجريمة غير مسئول، فمن السائغ أن تتخذ قبله التدابير الاحترازية التي تواجه خطورته. وإذا خففت العقوبة لأن مرتكب الجريمة مسئول مسئولية مخففة، فمن السائغ أن تكمل العقوبة بالتدبير الاحترازي على النحو الذي يواجه عجز العقوبة عن مواجهة كل الخطورة الكامنة في شخصه. ولا تعارض في النهاية بين التسليم بالحرية المقيدة ودراسة العوامل التي تؤدي إلى الجريمة ومحاولة علاجها.

ومذهب حرية الاختيار المقيدة هو الذي يتفق مع الوظيفة الاجتماعية للقانون فهذه الوظيفة هي أن يرسم القانون للناس الحدود بين المشروع وغير المشروع، وأن يحملهم عن طريق التهديد بالعقاب على سلوك الطريق المشروع، وهو في هذه الوظيفة صدى للقيم والعقائد التي تسيطر على الناس في تفكيرهم، وتحدد كيفية تصرفهم، وليس له أن يقف منها موقف المعارض منها، إذ لو فعل ذلك لعجز الناس عن فهمه، وتحقيق التطابق بين قواعده وسلوكهم. والناس

يؤمنون بحرية الاختيار، ولهذا الإيمان قيمة اجتماعية كبيرة، إذ هو أساس نسبتهم الخطأ إلى الجاني وتوجيههم اللوم إليه؛ ثم هو الأساس لكل محاولة يبذلها الجاني لإصلاح نفسه، ومن ثم كان متعيناً على القانون أن يستغل هذا الإيمان لتحقيق وظيفته، لا أن يحطمه فيعجز عن أدائها.

وحرية الاختيار على هذا النحو ضرورة منطقية يفترضها وجود القانون، وهو بدوره ضرورة اجتماعية. وحرية الاختيار تعني وفقاً لهذه النظرية انتفاء الحالات التي قدر الشارع – طبقاً لنظريات اجتماعية سيطرت نتائجها على القيم والعقائد الاجتماعية – أنها تجعل من يوجد فيها عاجزاً عن أن يلائم بين سلوكه وبين قواعد القانون. وهذه الحرية المقيدة هي أساس المسئولية، وتستتبع الجزاء في صورة العقوبة. وحينما تنتفي هذه الحرية أو تنقص، فيستحيل أن توقع العقوبة على النحو الذي يحمي المجتمع، فإنه يتعين أو يواجه هذا النقص عن طريق التدبير الاحترازي.

٦٥٨ – ترجيح الشريعة الإسلامية لمذهب حرية الاختيار:

رجحت الشريعة الإسلامية مذهب حرية الاختيار، والنصوص قاطعة في دلالتها على ذلك: فيقول الله تعالى «وَإِذَا بَلَغَ الأَطْفَالُ مِنكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ»[٥٠٣]، ويعني ذلك أن من لم يبلغ الحلم فلا تكليف عليه، لعدم اكتمال تمييزه، والتمييز هو المفترض لحرية الاختيار.

ويقول سبحانه «إِلاَّ مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ»[٥٠٤]، ويقول سبحانه كذلك «فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ»[٥٠٥]. ويعني ذلك أن الإكراه ينفي التبعة لأنه يزيل حرية الاختيار.

وقد أجمل الرسول صلى الله عليه وسلم حالات امتناع التبعة لانتفاء التمييز في قوله «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، وعن النائم حتى يصحو، وعن المجنون حتى يفيق». فالصبي دون سن الحلم، والنائم الذي لا يدري شيئاً عما يدور حوله، والمجنون الذي لا يفهم دلائل أفعاله، انتفى التمييز لديهم، فانتفى عنهم بالتالي تحمل تبعة أفعالهم. ويفهم من هذا الحديث أن انتفاء

---

[٥٠٣] سورة النور، الآية ٥٩.

[٢] سورة النحل، الآية ١٠٦.

[٣] سورة البقرة، الآية ١٧٣.

التمييز، وما يترتب عليه من انتفاء التبعة مرهون ببقاء سبب انتفاء التمييز، فإذا زال هذا السبب عادت التبعة من لحظة زواله، فإذا بلغ الطفل الحلم، أو صحا النائم أو شفي المجنون، عادت التبعة لانتفاء علة زوالها.

وقد أوضح الإمام أبو الحسن الآمدي علة اعتبار التمييز شرطاً للتكليف، فقال «اتفق العقلاء على أن شرط المكلف، أن يكون عاقلاً فاهماً للتكليف، لأن التكليف خطاب، وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال، كالجماد والبهيمة».

وأشار رضي الله عنه إلى تأثير الغلط على التبعة فقال: «ومن وجد له أصل الفهم لأصل الخطاب دون تفاصيله من كونه أمراً أو نهياً، ومقتضياً للثواب والعقاب، ومن كون الآمر به هو الله تعالى، وأنه واجب الطاعة، وكون المأمور به على صفة كذا وكذا كالمجنون والصبي الذي لا يميز فهو بالنظر إلى فهم التفاصيل كالجماد والبهيمة، بالنظر إلى فهم أصل الخطاب، ويتعذر تكليفه أيضاً إلا على رأي من يجيز التكليف بما لا يطاق، لأن المقصود من التكليف كما يتوقف على أصل الخطاب فهو متوقف على فهم تفاصيله»[٥٠٦].

وأشار إلى وضع الصبي المميز، فقال «وأما الصبي المميز وإن كان يفهم ما لا يفهمه غير المميز غير أنه أيضاً غير فاهم على الكمال ما يعرفه كامل العقل من وجود الله تعالى، وكونه متكلماً مخاطباً مكلفاً بالعبادة، ومن وجود الرسول الصادق والمبلغ عن الله تعالى وغير ذلك مما يتوقف عليه مقصود التكليف، فنسبته إلى غير المميز كنسبة إلى غير المميز إلى البهيمة فيما يتعلق بفوات شرط التكليف. وإن كان مقارباً لحالة البلوغ بحيث لم يبق بينه وبين البلوغ سوى لحظة واحدة، فإنه وإن كان فهمه كفهم الموجب لتكليفه بعد لحظة، غير أنه لما كان العقل والفهم فيه خفياً، وظهوره فيه على التدريج، ولم يكن له ضابط يعرف به، جعل له الشارع ضابطاً وهو البلوغ وحط عنه التكليف قبله تخفيفاً عليه»[٥٠٧].

ولكن الشريعة الإسلامية لم تغفل وضع غير المكلف إذا ثبتت خطورته على المجتمع، ورجع احتمال أن يقدم على جريمة ثانية، فأجاز للجماعة أن تتخذ إزاء التدابير التي تواجه خطورته، كأن يوضع الصغير في ملجأ أو يودع

---

(٥٠٦) الإحكام في أصول الأحكام، جـ ١ ، ص ٢١٥.

(٥٠٧) أعلام الموقعين، جـ ٢، ص ٢١٤.

المجنون في مصحة إلى حين زوال خطورته[٥٠٨]. وأجازت الشريعة الإسلامية من أجل جبر الضرر الذي نال المجني عليه أن تفرض الدية المترتبة على جريمته على عاقلته أي الجماعة التي ينتمي إليها، كنوع من التضامن الاجتماعي لشفاء نفس المجني عليه، ورفع الظلم الذي أنزله به غير المدرك، ولمظنة تقصير العاقلة في دفع أذى أحد أعضائها على المجتمع، وحافزاً لها على بذل ذلك إزاءه وإزاء غيره ممن يحتمل خطرهم على المجتمع.

والذي يخلص مما تقدم أن الشريعة الإسلامية قد أقامت التبعة على حرية الاختيار، والدليل على ذلك أنها نفت التبعة على من لم يتوافر لديهم التمييز، باعتباره مفترض حرية الاختيار، كما نفتها عمن انتفى لديهم الاختيار وإن كان تمييزهم متوافراً.

ومذهب الشريعة الإسلامية ينطوي على تبني «حرية الاختيار» كأساس لتحمل التبعة، دون إطلاقه، وإنما بإيراد قيود عليه مستمدة من مصلحة المجتمع، من أجل دفع خطورة من لا يحملون تبعة أفعالهم لانتفاء التمييز أو حرية الاختيار لديهم، أو من أجل إزالة الضرر الذي نال المجني عليهم. ومجمل ذلك أن الشريعة الإسلامية تأخذ بمذهب وسطي وإن غلبت فيه حرية الاختيار، أو في تعبير آخر تأخذ بأساس نظري ثم تورد عليه القيود المستمدة من المصلحة الاجتماعية، التي تدفع ما قد يعيب إطلاقه.

وهذا المذهب هو ما يسود في التشريعات الحديثة، وإن كان للشريعة الإسلامية فضل السبق عليه، واحتواء الدراسات والبحوث التي أسهمت في نشوئه ورسم حدوده على أسس منطقية.

الفصل الثالث
موانع التبعة الجنائية

٦٥٩ – ماهية موانع التبعة الجنائية:

---

(٥٠٨) عبد القادر عودة، ص ٣٨٦.

جوهر المعنويات الإجرامية هو الإرادة المعتبرة شرعاً. فإذا انتفى عن الإرادة اعتبارها، لم تكن صالحة لأن تتوافر بها هذه المعنويات. ويراد بموانع التبعة الجنائية الحالات التي ينتفي فيها عن الإرادة اعتبارها، فتتجرد بذلك من القيمة الشرعية.

وعلى هذا النحو، نستطيع تحديد موضوع البحث في دراسة «موانع التبعة الجنائية». هذا الموضوع هو تحديد شروط اعتداد الشريعة الإسلامية بالإرادة، ثم استظهار حالات انتفاء هذه الشروط أو بعضها، والقول بأن ذلك يعني امتناع التبعة الجنائية. ومن ثم كانت دراسة موانع التبعة الجنائية هي دراسة للإرادة المعتبرة شرعاً من الوجهة السلبية، أي من حيث حالات انتفائها.

٦٦٠ – شروط اعتداد الشريعة الإسلامية بالإرادة:

أشار الله تعالى إلى أهم شروط الشريعة الإسلامية في قوله «وَإِذَا بَلَغَ الأطْفَالُ مِنكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ»[٥٠٩]. ويفهم من هذه الآية الكريمة أنه لا تكليف على الطفل الذي لم يبلغ الحلم، ومن ثم لا تبعة عليه إذا أتى ما يمتنع على البالغ. والعلة الواضحة لعدم تبعة الطفل أنه لم يتوافر له التمييز بعد. ويخلص من ذلك أن «التمييز» هو شرط اعتداد الشريعة الإسلامية بالإرادة. وبناء على ذلك كان التمييز هو الشرط الأول للاعتداد بالإرادة وتقرير صلاحيتها لتقوم بها التبعة. ويقول سبحانه «إِلاَّ مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ»[٥١٠]، ويقول سبحانه كذلك «فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ»[٥١١]. ويستفاد من هذه الآيات الكريمة أن شرط اعتداد الشريعة الإسلامية بالإرادة أن تكون حرة الاختيار. وبناء على ذلك، فإنه إذا انتفت عن الإرادة حريتها واختيارها فلا يعتد بها في توافر المعنويات الإجرامية، مما يعني أن يتوافر بذلك مانع من التبعة.

والخلاصة من ذلك أن شرطي الاعتداد بالإرادة هما «التمييز» وحرية الاختيار.

---

(٥٠٩) سورة النور، الآية ٥٩.

(٢) سورة النحل، الآية ١٠٦.

(٣) سورة البقرة، الآية ١٧٣.

وقد أجمل رسول الله صلى الله عليه وسلم شروط الاعتداد بالإرادة في قوله «رفع القلم عن ثلاث: عن الصبي حتى يحتلم، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق»، فالصبي الذي لم يحتلم بعد لا يتوافر له التمييز، والنائم حال نومه لا يتوافر له التمييز كذلك، والمجنون خلال فترة مرضه لا يتوافر له التمييز أيضاً شرعاً. ويراد بانتفاء التبعة الجنائية الحالات التي تتجرد فيها الإرادة من القيمة في الحكم الشرعي، فلا تصلح لأن تتوافر بها المعنويات الإجرامية، أي الركن المعنوي للجريمة. ولا تكون للإرادة هذه القيمة إلا إذا توافرت لها شروط معينة، فإذا انتفى بعض هذه الشروط أو كلها تجردت من هذه القيمة، وتوافر بذلك سبب لامتناع التبعة الجنائية.

وعلى هذا النحو، نستطيع تحديد موضوع البحث في دراسة «أسباب انتفاء التبعة الجنائية». هذا الموضوع هو تحديد شروط اعتداد الأحكام الشرعية، ثم استظهار حالات انتفاء أحد هذه الشروط أو بعضها؛ ومن ثم كانت دراسة أسباب انتفاء التبعة هي دراسة الإرادة المعتبرة شرعاً من الوجهة السلبية، أي من حيث حالات انتفائها.

٦٦١ – تحديد شروط اعتداد الشريعة الإسلامية بالإرادة:

تجمل هذه الشروط في اثنين: التمييز وحرية الاختيار، فإذا انتفى أحد هذين الشرطين أو كلاهما تجردت الإرادة من القيمة وتوافر بذلك «مانع التبعة».

ونحدد فيما يلي المراد بكل شرط:

٦٦٢ – التمييز:

التمييز هو المقدرة على فهم ماهية وطبيعة الفعل الذي يأتيه الجاني، وتوقع الآثار التي من شأنه إحداثها. وهذه المقدرة تنصرف إلى ماديات الفعل، فتتعلق بكيانه وعناصره وخصائصه، وتنصرف كذلك إلى آثاره من حيث ما تنطوي عليه من خطورة على المصلحة أو الحق الذي تحميه قواعد الشريعة، وما تنذر به من اعتداء عليه ولا تنصرف إلى المقدرة على فهم التكييف الشرعي للفعل، فالتمييز يعد متوافراً، لو ثبت أنه لم يكن في مقدرة الجاني العلم بهذا التكييف، ذلك أن العلم بالأحكام الشرعية مفترض في كل مكلف.

ولا تصادفنا صعوبة حين نفسر اعتبار التمييز شرطاً لاعتداد الشريعة بالإرادة، فهي تحاسب الجاني لأنه وجه إرادته على نحو خالف به أوامر الشارع ونواهيه؛ ولا ينسب إلى الجاني هذا الاتجاه الإرادي إلا إذا كان يستطيع العلم بالوجهات المختلفة التي يمكن أن تتخذها إرادته، ويستطيع العلم بالوجهة التي اتخذتها إرادته(٥١٢).

ويقول في ذلك الإمام الآمدي «اتفق العقلاء على أن شرط المكلف أن يكون بالغاً عاقلاً فاهماً للتكليف، لأن التكليف خطاب، وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال كالجماد والبهيمة».(٥١٣)

٦٦٣ – حرية الاختيار:

تعني حرية الاختيار مقدرة الجاني على تحديد الوجهة التي تتخذها إرادته، أي مقدرته على دفع إرادته في وجهة معينة من بين الوجهات المختلفة التي يمكن أن تتخذها، وهذه المقدرة ليست مطلقة، وإنما مقيدة، فثمة عوامل لا يملك الجاني سيطرة عليها، وثمة مجال يتمتع في داخله بحرية التصرف. وتحدد الأصول الشرعية حدود هذا المجال، فإن انتفى أو ضاق على نحو تحدده هذه القواعد، فانساق الجاني إلى العوامل التي يملك سيطرة عليها، فقد انتفت حرية الاختيار. وعلى هذا النحو، فإن توافر حرية الاختيار رهن بكون العوامل التي أحاطت بالجاني – حين ارتكب فعله – لم تحل دون أن يتوافر لديه قدرٌ من التحكم في تصرفاته تحدده القواعد الشرعية، فهي لم تحرمه من هذا القدر إطلاقاً، ولم تنقص منه على نحو ملحوظ.

ولا تصادفنا صعوبة حين نفسر اعتبار حرية الاختيار شرطاً لتحمل التبعة، فالشارع يعاقب الجاني لأنه وجه إرادته على نحو خالف به أوامره ونواهيه، ولا عدالة في العقاب إلا إذا كان في استطاعته أن يوجه إرادته على

---

(٥١٢) الدكتور حسين توفيق رضا، ص٨٧.

(٥١٣) وقد أضاف الإمام الآمدي الأحكام إلى ذلك أن «من وجد له أصل الفهم لأصل الخطاب دون تفاصيله من كونه أمراً أو نهياً، ومقتضياً للثواب والعقاب، ومن كون الآمر هو الله تعالى، وأنه واجب الطاعة، وكون المأمور على صفة كذا وكذا كالمجنون والصبي الذي لا يميز ، فهو بالنظر إلى تفاصيله كالجماد والبهيمة بالنظر إلى أصل فهم الخطاب، ويتعذر تكليفه أيضاً إلا على رأي من يجيز تكليف ما لا يطاق، لأن المقصود من التكليف كما يتوقف على فهم أصل الخطاب يتوقف على فهم تفاصيله».

النحو المتفق مع هذه الأوامر والنواهي، أي كان حراً في توجيه إرادته. أما إذا كان الاتجاه الإرادي المخالف للقانون مفروضاً عليه، فلا اعتداد بإرادته حين يتخذ هذا الاتجاه.

٦٦٤- هل أوردت الشريعة الإسلامية موانع التبعة الجنائية على سبيل الحصر:

قدمنا أن موانع التبعة الجنائية تتوافر في الحالات التي لا تكون فيها الإرادة محل اعتبار الشريعة، وقد حددنا شروط اعتبار الإرادة في التمييز وحرية الاختيار. وبناء على ذلك، فإنه إذا انتفى عن الإرادة، أحد هذين الشرطين أو كلاهما تعين اعتبار مانع التبعة متوافراً، ولو لم يوجد نص صريح يستند إليه هذا المانع بالذات. هذا الوضع متصور إذا كشف تقدم العلم عن حالات غير منصوص عليها ثبت انتفاء التمييز أو الاختيار فيها. وعلة هذا الرأي أن الشريعة الإسلامية صالحة للتطبيق في كل زمان، وأنها تتسع لكل تقدم علمي يكشف عن حالات لم تكن معروفة من قبل ينتفي فيها التمييز أو حرية الاختيار أو ينتفيان معاً؛ وبالإضافة إلى ذلك فإنه يستحيل – من حيث المنطق الشرعي ومن حيث العدالة الشرعية – أن يعتد الشارع بإرادة انتفى عنها التمييز أو حرية الاختيار أو انتفيا معاً.

٦٦٥ – أثر موانع التبعة الجنائية:

ويترتب على مانع التبعة أن تتجرد الإرادة من الصلاحية لتقوم بها المعنويات الإجرامية، فتعد غير موجودة في نظر الشريعة، وإن كانت موجودة من الناحية النفسية.

ويقتصر تأثير مانع التبعة على المسئولية العقابية، فهو يحول دون توقيع العقوبة، ولكنه لا يحول دون إنزال التدابير الاحترازية، إن توافر شرطها، وهو «الخطورة الإجرامية»؛ وعلى سبيل المثال، فإن من ثبت جنونه وقت ارتكابه فعله، لا توقع عليه عقوبة، ولكن ينزل به تدبير الإيداع في مصحة عقلية حتى يشفى ويزول عن المجتمع خطره.

ولا تأثير لمانع التبعة على التكييف الشرعي للفعل، فالفعل يبقى غير مشروع، وإن امتنعت تبعة مرتكبه عنه.

ولمانع التبعة تأثير شخصي، إذ يتوافر هذا الأثر على من توافر لديه، ولا يمتد تأثيره إلى سواه ممن ساهموا معه في ذات الجريمة، فإذا أسهم عاقل

ومجنون في ارتكاب جريمة امتنعت تبعة المجنون وحده دون تبعة العاقل. وعلى ذلك فإن تأثير مانع التبعة ينصرف إلى الإرادة، وهي قوة نفسية مستقرة بطبيعتها في شخص معين، وهي لذلك تختلف – في خصائصها وقيمتها الشرعية – من شخص لآخر وإن اتحدت الجريمة.

٦٦٦ – تقسيم:

موانع التبعة الجنائية هي: صغر السن، والجنون ، والسكر، والإكراه وحالة الضرورة.

وبعض هذه الموانع يعلل بنفيه التمييز، وهو صغر السن والجنون والسكر، وبعضها يعلل بنفيه حرية الاختيار، وهو الإكراه، وحالة الضرورة.

وبعض هذه الموانع يمثل مرحلة يمر بها كل شخص، ونعني بها صغر السن، وبعضها يمثل مرضاً في معناه الواسع، ونعني به الجنون، وبعضها يمثل أسباباً شاذة عارضة، إذ لا تمثل وضعاً طبيعياً، وإذا عرضت لشخص فلن تستقر لديه، ومن ثم كان لها طابع المصادفة، وهي بناء على ذلك لا تنال من الأهلية لحمل التبعة، فمن عرضت له يظل متمتعاً بالأهلية، وإنما تفقد إرادته.

المبحث الأول
صغر السن

٦٦٧ – السند الشرعي لامتناع التبعة لصغير السن:

الأسانيد الشرعية لامتناع تبعة الصغير أو تخفيفها هي قول الله تعالى «وَإِذَا بَلَغَ الأَطْفَالُ مِنكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ»[٥١٤]. فهذه الآية الكريمة يستدل بها على ارتفاع التكليف عن الأطفال الذين لم يبلغوا الحلم بعد، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، وعن النائم حتى يصحو، وعن المجنون حتى يفيق».

ويستدل على ارتفاع التكليف وتخفيفه عن الصغير بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا»، ورحمة الصغير يدخل في نطاقها إعفاء الصغير من التكليف في بعض مراحل الصغر، وهي مرحلة عدم التمييز، وتخفيف التكليف في بعض مراحله، وهي حالة الصغير المميز».

---

(٥١٤) سورة النور، الآية ٥٩.

٦٦٨ – علة امتناع تبعة الصغير:

علة امتناع تبعة الصغير هي انتفاء التمييز لديه، وتعليل انتفاء التمييز أنه يتطلب توافر قوى ذهنية قادرة على تفسير المحسوسات، وإدراك ماهية الأفعال وتوقع آثارها، ولا تتوافر هذه القوى إلا إذا نضجت في الجسم الأجزاء التي تؤدي العمليات الذهنية، وبصفة خاصة المخ، وتوافر قدر من الخبرة بالعالم الخارجي تعتمد عليه هذه العمليات؛ وغنى عن البيان أن النضوج والخبرة يتطلبان بلوغ سن معينة.

٦٦٩ – مرحلتا صغر السن:

يجتاز صغير السن مرحلتين: مرحلة انعدام التمييز فيسمى صغيراً غير مميز، ومرحلة نقص التمييز, وفيها يُسمى صغيراً مميزاً. والصغير غير المميز لا تبعة عليه إطلاقاً لانعدام التمييز لديه، أما الصبي المميز فتخفف تبعته، إذ لا توقع عليه عقوبة، وإنما يجوز أن تتخذ إزاءه جزاءات تأديبية، وفي تعبير آخر تدابير تهذيبية وإصلاحية، وهي ليست في حقيقتها عقوبات، وإنما هي تدابير تواجه خطورته على المجتمع التي عبرت عنها أفعاله، وهي تهدف إلى تفادي أن يتحول عند بلوغه إلى الإجرام الفعلي.

وقد عبر عن الاختلاف بين المرحلتين الإمام البخاري رضي الله عنه، بقوله «الصغر في أول أحواله مثل الجنون، فيسقط عنه ما يسقط عن المجنون لأنه عديم التمييز والعقل، كالمجنون. وأما إذا عقل، أي ترك الصبا من أولى درجات الصغر إلى أوساطها وظهر فيه شيء من آثار العقل، فقد أصاب ضرباً من أهلية الأداء، فكان ينبغي أن يثبت في حقه وجوب الأداء بحسب ذلك، ولكن الصبا عذر مع أنه أصاب ضرباً من الأهلية، لبقاء الصبا، وعدم بلوغ العقل غاية الاعتدال، فسقط بهذا العذر ما يحتمل السقوط عن البالغ من حقوق الله تعالى. ولكن لا يسقط ما لا يحتمل السقوط»[٥١٥]. ويقول رضي الله عنه في تعليل اختصاص الصغار بأحكام تختلف عن أحكام البالغين «إن الصبا من أسباب المرحمة طبعاً، فإن كل طبع سليم يميل إلى الترحم على الصغار، وشرعاً لقوله صلى الله عليه وسلم «من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا».

---

[٥١٥] حاشية فخر الإسلام، جـ٤، ص١٧٩٢.

٦٧٠ – سن التمييز وسن البلوغ:

سن التمييز تبدأ بها مرحلة التبعة الناقصة، وسن البلوغ تبدأ بها مرحلة التبعة الكاملة.

والأصل في سن التمييز أنها تختلف من صغير لآخر، إذ لا تتضج الأجهزة والقوى التي يتحقق بها التمييز لدى جميع الصغار في ذات السن. ولكن الحرص على وضوح الأحكام واستقرارها وتفادي الخلاف في الرأي بين القضاة اقتضى تحديد سن معينة يغلب فيها التمييز، ومن ثم يفترض توافره فيها. وقد أجمع الفقهاء على تحديد هذه السن بالسابعة. فالصغير الذي لم يبلغ هذه السن بعد يعتبر غير مميز، وإن ثبت تمييزه. ومؤدى ذلك أن السابعة سن افتراض توافر التمييز [٥١٦].

أما سن البلوغ فهو سن الاحتلام، إعمالاً لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم ...», ويعتبر الاحتلام قرينة على البلوغ، وأمارة، فيفترض فيه التمييز، جرياً على الغالب من الأحوال. وإذا احتلم الصبي ولكن ثبت بالأمارات أنه لم يكتمل تمييزه، فإن انعدام التبعة لديه أو نقصها لا يكون للصغر، وإنما لعلة عقلية غير صغر السن. وعلة اعتبار الاحتلام سن البلوغ أنه دليل على اكتمال الرجولة والقدرة على الإنجاب، وتكوين أسرة. وما يرتبط بذلك من نضوج الذهن وتحصيل قدر كاف من الخبرة بالعالم الخارجي، ويقابل الاحتلام لدى الفتيان الحيض لدى الفتيات، فالفتاة إذا حاضت دل ذلك على اكتمال الأنوثة، وما يرتبط بذلك من النضوج الذهني والخبرة.

وإذا اعتبر الاحتلام والحيض قرينتين على البلوغ، فإن تحديد هذه الأمارات يقتضي تحديد سن للبلوغ يتفق عليها تيسيراً لعمل القضاء، فلا يضطر القاضي في كل حالة أن يستعين بدليل لتحديد هذه الإمارات، وهذا أمر غير ميسور في غالب الأحوال، وكي يتحد القضاء على رأي واحد.

والرأي الغالب في الفقه يحدد هذه السن بالخامسة عشرة، سواء بالنسبة للفتى أو بالنسبة للفتاة، إذ هي السن التي يغلب فيها ظهور العلامات السابقة، ولا عبرة بالحالات الشاذة التي يبكر فيها أو يتأخر ظهورها.

---

(٥١٦) الأستاذ عبد القادر عودة ص ٦٠١.

وذهب الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه إلى تحديد سن البلوغ بتسعة عشر عاماً للفتى وسبعة عشر عاماً للفتاة. وأخذ بهذا الرأي بعض أئمة مذهب الإمام مالك رضي الله عنه. وحجة هذا الرأي كما بسطها الإمام الكاساني[٥١٧]، فقال «إن الشارع علق الحكم والخطاب بالاحتلام فوجب بناء الحكم عليه، ولا يرتفع الحكم عنه ما لم يتيقن بعدمه ويقع اليأس من وجوده، وإنما يقع اليأس بهذه المدة، لأن الاحتلام إلى هذه المدة متصور في الجملة، فلا يجوز إزالة الحكم الثابت بالاحتلام عنه مع الاحتمال بتحققه، وذلك أما إذا بلغ الصغير السن السابقة (أي السابعة عشرة أو التاسعة عشرة، فلا احتمال بوجوده بعدها، فلا يجوز اعتباره في زمان اليأس من وجوده».[٥١٨]

٦٧١ – الفرق بين حكم تبعة الصغير غير المميز والصغير المميز:

لا يتحمل الصغير غير المميز تبعة جنائية قط: فلا توقع عليه عقوبة أياً كان نوعها حداً أو قصاصاً، ولا تنزل به التدابير التأديبية، ذلك أن انتفاء التمييز لديه يخرجه من عداد المكلفين بالأحكام الشرعية. أما الصبي المميز فلا توقع عليه عقوبات، ولكن تنزل به التدابير التأديبية، لأن توافر التمييز لديه ونضوجه الجسمي يجعلان الجريمة كاشفة عن خطورته، وكاشفة كذلك عن حاجته إلى التأديب والتهذيب، فتتخذ ضده التدابير التي من شأنها ذلك كي لا يتحول عند بلوغه إلى مجرم خطير. ولم تحدد النصوص الشرعية هذه التدابير، ولذلك يكون تحديدها لولي الأمر بحسب ظروف مجتمعه وتقدم الأساليب التربوية التي ثبت جدواها في إصلاح من كان في سن الصغير.

٦٧٢ – مسئولية الصغير عن جبر الأضرار المترتبة على أفعاله:

القواعد التي سلف تفصيلها تختص بالمسئولية الجنائية للصغير وما يترتب عليها من عقوبات، أما مسئولية الصغير عن جبر الأضرار التي نالت غيره وترتبت على أفعاله فتظل قائمة، فيلتزم الصغير بجبر هذه الأضرار .

وعلة هذه التفرقة أن حقوق العباد لا تقبل الإسقاط، إذ لا ذنب للمضرور في كون من أضر به صغيراً، أما حقوق الله تعالى ممثلة في توقيع العقوبة وما

(٥١٧) البدائع، جـ٧، ص ١٧٢.

(٥١٨) انظر في تأييد رأي أبي حنيفة: الأستاذ عبد القادر عودة، ص ١٠٤.

في حكمها من التدابير، فلأن الله عفو غفور فيقبل إسقاط حقه إذا كان في ذلك مصلحة الصغير أو مصلحة الجماعة. وبالإضافة إلى ذلك، فإن الصغير يكتسب الحقوق، فإذا مات مورثه تملك نصيبه من تركته، ويجوز أن يوهب أو يوصى له، فكان المقابل العادل لذلك – من الوجهة السلبية – أن يتحمل تبعة ما أحدثه بشخص برئ من ضرر. وطريقة استيفاء التعويض المستحق للمضرور أن يؤخذ من ماله إذا كان له مال، ويلتزم وليه بأن يؤدي من ماله التعويض المستحق للمضرور. أما إذا لم يكن له مال التزمت بأداء التعويض العاقلة. ويظهر من هذه الوجهة تفوق الشريعة الإسلامية على القانون الوضعي، فالمبدأ المقرر في الشريعة أنه لا يضيع حق على صاحبه، وإلا كان في ذلك ظلم، والشريعة أنزلت لإزالة كل أنواع الظلم. أما حقوق الله تعالى، فهي مجال التسامح، لأنه سبحانه تعنيه مصالح عباده.

ويثور التردد بالنسبة للعقوبات والتدابير المالية كالغرامة والمصادرة، والدية والحرمان من بعض الحقوق المترتب على فعله، كحرمانه من الميراث إذا قتل مورثه عمداً.

ونرى أن الفصل في هذا الخلاف إنما يعتمد على تحديد صفة تكييف هذه العقوبات والتدابير، فإذا غلب عليها طابع العقوبة، ولو كانت تبعية أو تكميلية، فهي لا توقع على الصغير لانتفاء أهليته لحمل التبعة الجنائية. وقد رتب الفقهاء على ذلك أن الصغير «لا يحرم من الميراث إذا قتل مورثه عامداً أو غير عامد لأن الحرمان عقوبة، وأفعاله لا تصلح محلاً للعقاب، لأن القتل المانع من الميراث هو القتل الذي يترتب عليه عقاب عند فقهاء الحنفية، وقتل المجنون والصبي لا يوجب كفارة عندهم، وقد خالف في ذلك الحنابلة والشافعية»[٥١٩]. ويصدق ذلك من باب أولى على الغرامة والمصادرة والحرمان من بعض الحقوق والمزايا. وبناء على ذلك، فإن الغرامة والمصادرة لا يجوز توقيعهما على الصغير، ولكن إذا غلب عليهما طابع التعويض عن الضرر جاز توقيعهما.

وتوقف القلم المعطاء إلى الأبد

فحمداً لله على قضائه

---

(٥١٩) الإمام أبو زهرة، ص ٤٦٥، حاشية فخر الإسلام، جـ ٤، ص ١٣٩٢.

http://www.rafatosman.com/